This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

D LAW LIBRARY
097 743 017

Bd. Dec. 1930

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct. 25, 1921

System

des

heutigen römischen Erbrechts

von

C. F. A. Koeppen,
ord. Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Marburg.

Jena,
Verlag von Friedrich Mauke.
1862.

OCT 2 5 1921

Herrn

Dr. Rudolph Ihering

in

Verehrung und Freundschaft

gewidmet.

Inhalt.

Einleitung.
(S. 1—166.)

I. Entstehung der Erbfolge. Einfluß der Gentilverbindung auf die Gestalt des alten römischen Rechts.
(S. 1—15.)

Seite

Entstehung der Intestaterbfolge. Das Intestaterbrecht ist ein Ausfluß des Familienbandes. — Das alte römische Familienband der Potestas gründet sich in der Gentilverfassung. — Diese fordert die Beschränkung der Vermögensfähigkeit auf den Paterfamilias und der Erbfähigkeit auf die Agnaten. — Civiles Intestaterbrecht. — Nothwendige und freiwillige Erben. — **Beneficium abstinendi** 1

Entstehung der Testamente. Die Testamente werden hervorgerufen durch die Erbunfähigkeit der Cognaten. — Ihr Wesen ist freie Nachbildung des Familienbandes. — Die Form des Testaments, bestimmt durch das Interesse des Staats, das Vermögen der Gens zu erhalten, schützt zugleich die Familie des Testators gegen den Mißbrauch der Testirfreiheit: **testamentum calatis comitiis** und **in procinctu**. — Durch seine Form erhält das Testament den Charakter einer die Intestaterbfolge aufhebenden lex 10

II. Umgestaltung des Vermögensrechts der Familie und des Intestaterbrechts. (S. 15—54.)

Seite

Vermögensrecht der Familie. Die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder geht mit dem Verfall der Gentilität auf dem Wege des Peculienrechts unter 15

Intestaterbrecht. Das Princip der Erbunfähigkeit der Cognaten durchbricht der Prätor durch die bonorum possessio. — Entstehung derselben. — Bonorum possessio intestati 22

Ausbildung des Erbrechts der natürlichen Descendenz durch das S. C. Orphitianum, kaiserliche Constitutionen und Einführung der adoptio plena und minus plena. — Völlige Beseitigung des Einflusses der Potestas auf das Kindesverhältniß durch Novelle 118. — Nach ihr haben Erbrecht an erster Stelle allein die Descendenten. — Die arme Wittwe, der arrogatus impubes wegen der Quarta Divi Pii und der Vater wegen des praemium emancipationis concurriren nur als gesetzliche Vermächtnißnehmer. — Der Anspruch der Concubinenkinder ist in jedem Falle auf ein gesetzliches Vermächtnißrecht beschränkt 31

Entwicklung des Erbrechts der Ascendenten und Collateralen durch das S. C. Tertullianum und kaiserliche Constitutionen. — Erbrecht derselben vor und nach der Novelle 118 und 127 40

Eventuelles Successionsrecht gewisser Corporationen und des Fiscus 53

III. Entwicklung des testamentarischen Erbrechts. (S. 54—96.)

Form des Testaments. Bei dem weggefallenen Interesse des Staats an der Errichtung der Testamente wird das Comitientestament durch das mündliche Mancipationstestament verdrängt. — Wesen des Mancipationstestaments. — Auch hier schützt die Form die Familie des Testators gegen Willkür durch den Einfluß der Testamentszeugen. — Erweiterung des formellen Schutzes durch das Institut der Exheredation für die sui 54

Seite
Beschränkung der Wirkungen der Querel nothwendig erscheinen lassen 151
Begründung des Inofficiositäts- und Reformsystems . . 160

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren des Erbrechts.

Erstes Kapitel.

Vom Nachlaß.

I. Die Erbschaft. § 1. Voraussetzungen ihrer Existenz: Tod oder Todespräsumtion (Note 1) einer vermögensfähigen Person. — Bestandtheile der Erbschaft: Vermögensrechte und mortis causa erworbene Rechte mit Ausnahme des Erbrechts. — Oeffentliche und familienrechtliche Verhältnisse gehen mit dem Tode ihres Subjects unter. (Begriff der Familienrechte. — Vererblichkeit der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters. Note 7.) 169
Vermögensrechte (Servituten, Privilegien, Obligationen) und Rechtsverhältnisse von vermögensrechtlicher Bedeutung (Besitz, Verträge, Delictsobligationen), welche mit dem Tode ihres Subjects erlöschen. — Vererblichkeit der Delictsforderungen. Heutiges Recht. — Vererblichkeit der Delictsschulden. Heutiges Recht 173
Der Untergang des Besitzes, dinglicher Rechte und obligatorischer Verträge hindert nicht die Vererbung der erworbenen possessorischen Interdicte und der erworbenen dinglichen und persönlichen Klagen. — Vererblichkeit der diesen Klagen gegenüberstehenden Verbindlichkeiten 187
Insolvenz des Nachlasses schließt die Existenz einer Erbschaft nicht aus. — Ebensowenig eine Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens; kein Erbvertrag 194
Vererbung der iura sepulcrorum 196
II. Hereditas iacens. § 2. Voraussetzungen ihrer Existenz (Anordnung der deutschrechtlichen cura für einen Verschollenen kann die hereditas iacens ausschließen. Note 4.) — Cura für die hereditas iacens. — Herrenlosigkeit der Erbschaftsrechte 200
Die Subjectlosigkeit der hereditas hindert nicht ihre Er-

Seite

weiterung um Rechte und Schulden auf dem Wege der Acceſſion und Deceſſion. —. Dieſe iſt in doppelter Weiſe möglich. — Bedeutung des Satzes: hereditas personae defuncti vicem sustinet 206

Einzelne Vermögensacquiſitionen der hereditas iacens. — Heutige Bedeutung des Satzes: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. — Fälle, wo die persona defuncti nicht in Betracht kommt. — Erklärung der l. 22 D. de fideiuss. (46. 1) 215

Erwerbungen, welche für die hereditas iacens nicht eintreten können. — Princip. — Ausnahmen: Eigenthumserwerb durch Uſucapion, Erwerb der actio iniuriarum 226

Widerlegung der herrſchenden Doctrin 234

Zweites Kapitel.

Von der Delation der Erbſchaft.

I. Natur der Delation oder des Erbrechts. § 3. Die Delation der Erbſchaft und die Acquiſition des Erbrechts ſind identiſche Begriffe. (Hereditas im ſubjectiven Sinne. Note 3.) — Vorausſetzungen für die Exiſtenz des Erbrechts: eine Erbſchaft und die Berufung eines heres extraneus. — Der heres suus et necessarius ſuccedirt nicht iure hereditario, ſondern iure potestatis 249

Natur des Erbrechts: es gewährt nur eine facultas acquirendi, iſt deshalb kein Vermögensrecht. — Conſequenzen. — Seinem Urſprunge entſprechend hat es den Charakter eines Familienrechts; dieſer zeigt ſich in den Vorausſetzungen ſeiner Entſtehung, in der Art ſeiner Verletzung und in ſeinem Inhalt. — Der Begriff der Familienrechte beſchränkt ſich nicht auf Rechte an Perſonen 257

Alle Rechte, welche durch Berufung zum Nachlaß erworben werden (das Recht auf ein Vermächtniß, auf die Quarta divi Pii, auf die Quarta Falcidia ꝛc.), geben blos eine facultas acquirendi. — Berufung tritt überall ein, wo das Geſetz Anſprüche auf den Nachlaß giebt, in Folge letzten Willens aber nur bei der Erbeinſetzung und beim Vermächtniß. — M. c. capiones und die m. c. donatio bewirken keine Delation 267

II. Gründe der Delation. § 4. Berufung des heres ex-

Seite

traneus durch die beiden römischen Delationsgründe: Testament und Gesetz. (Auf heredes sui et necessarii findet im alten römischen Rechte der Begriff der Berufung überhaupt keine Anwendung; im Justinianeischen Rechte werden auch sie zwar berufen, diese Berufung zieht aber statt der Delation die sofortige Acquisition der Erbschaft nach sich. Note 1.) — Zeitpunkt der testamentarischen und gesetzlichen Delation. — Verhältniß der beiden Delationsgründe zu einander. — Der praktische Grund des Satzes: Nemo pro parte testatus etc. — Seine rechtliche Bedeutung und seine Consequenzen. — Ausnahmen. — Fälle, in denen er nach seinen Voraussetzungen nicht zur Anwendung kommt . . . 270

Die gesetzliche Delation tritt aus einem doppelten Grunde ein. — Der Sache nach kennt deshalb auch das heutige Recht die drei Fälle der prätorischen Delation: secundum tabulas, contra tabulas und ab intestato. — Prätorische Delationen selbst kennt es nicht 281

Der Erbeinsetzungsvertrag als Delationsgrund. — Begriff. (Das Versprechen der künftigen Honorirung und der s. g. Erbschaftsvertrag. Note 49.) — Die Principien für den Erbeinsetzungsvertrag ergeben sich aus der Natur der Erbeinsetzung und aus der Natur des Vertrages 285

III. Fähigkeit zur Delation. Erbfähigkeit und Capacität. § 5. Allgemeine Voraussetzungen der Erbfähigkeit nach dem familienrechtlichen Charakter des Erbrechts: gleichzeitige Existenz mit dem Erblasser, physische Persönlichkeit und Civität. — Gründe der absoluten und partiellen Erbunfähigkeit 291

Begriff der Capacität. — Gründe der gänzlichen und theilweisen Incapacität. — Die Incapacität hindert wie die Erbunfähigkeit schon die Delation, aber mit verschiedener Wirkung 298

Erbunfähigkeit und Incapacität nach heutigem Rechte. — Wirkungen der Indignität 303

IV. Unveräußerlichkeit der Delation. § 6. Veräußerlichkeit des gesetzlichen und Unveräußerlichkeit des testamentarischen Erbrechts nach altem römischen Rechte. — Gründe 324

Im Justinianeischen und heutigen Rechte ist auch das gesetzliche Erbrecht unveräußerlich 327

Seite

V. Ausübung des Erbrechts.

1. Act der Ausübung. Antritt und Repudiation.

§ 7. Das Erbrecht giebt dem Delaten die Wahl zwischen Antritt und Repudiation; dies sind die beiden Acte seiner Ausübung. — Der Begriff der Wahl (Note 5) fordert, daß es durch einmalige Ausübung untergeht 331

Erfordernisse des Antritts (hereditatis aditio, pro herede gestio) und der Repudiation 333

Ausübung des Erbrechts im Voraus durch einen eventuellen Erben 338

Beschränkungen der Ausübung wegen Anordnung von Vermächtnissen, wegen Untheilbarkeit der Ausübung und wegen Einsetzung auf mehrere Erbportionen 340

Natur der Ausübung: sie ist eine Wahl, welche der Delat durch ein einseitiges Rechtsgeschäft trifft. — Daraus ergeben sich die Gründe ihrer Ungültigkeit . . . 344

2. Ungültigkeit der Ausübung.

a. Dies und conditio. § 8. Die Ausübung des Erbrechts unter einem Anfangstermin oder einer Suspensivbedingung hindert die definitive Wahl. — Verschiedenes Verhältniß bei der Ausübung im Voraus 345

Die Hinzufügung eines Endtermins und einer Resolutivbedingung macht die Ausübung ungültig, weil dabei die Erklärung des Delaten auf etwas nach der Natur des Erbrechts Unmögliches gerichtet ist. (Verschiedenheit der Gründe, aus welchen die Erbeinsetzung unter einem dies und einer conditio resolutiva unzulässig ist. (Note 10.) — Die betagte und bedingte Willenserklärung ist eine einzige; deshalb ist sie ganz ungültig, wenn die Nebenbestimmung unstatthaft ist. (Note 11.) 348

b. Simulation und Irrthum. § 9. Die allgemeinen Erfordernisse der einseitigen Rechtsgeschäfte sind auch Erfordernisse für die gültige Ausübung des Erbrechts. — Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung zieht daher ihre Nichtigkeit nach sich, die Nichtübereinstimmung mag wegen Simulation eine absichtliche, oder wegen Irrthums über wesentliche Punkte eine unabsichtliche sein 350

In einem wesentlichen Irrthume befindet sich der Delat, wenn er über die Existenz, über den Grund, oder über

Seite

den Umfang (Note 9) des Erbrechts, und wenn er über die Wirkung ſeiner Berufung irrt; hier gilt die römiſche Parömie: plus est in opinione, quam in veritate. (Note 16.) 353

Fälle des unweſentlichen Irrthums; hier gilt der Satz: plus est in re, quam in existimatione 360

c. Ungewißheit der Delation. § 10. Die Ausübung des Erbrechts ſetzt ihrer Wirkungen wegen die Gewißheit der Delation voraus. — Das ungewiſſe Erbrecht ſteht einem noch nicht exiſtirenden gleich. — Der Tod des Delaten vor eingetretener Gewißheit begründet eine Transmiſſion . . . 364

Relevante Fälle der Ungewißheit: über die Exiſtenz, über den Umfang, über den Grund des Erbrechts und über die Wirkung der Berufung. — Nach ius civile iſt in allen dieſen Fällen die Ausübung des Erbrechts ſuspendirt. — Das prätoriſche Recht läßt ſie bei Ungewißheit über den Grund des Erbrechts und über die Wirkung der Berufung zu, ohne den Erben die Transmiſſion zu verſagen, wenn der Delat als ſolcher während der Ungewißheit ſtirbt. — Andere Fälle der Ungewißheit ſind juriſtiſch irrelevant 367

3. Ausübung des Erbrechts durch Stellvertreter. § 11. Nach der Natur des Erbrechts kann Niemand an Stelle des Delaten über Antritt oder Repudiation entſcheiden (Ausnahmen bei willensunfähigen Delaten); die Erklärung ſeines Willens durch einen Stellvertreter hindert ſie aber nicht. — Die Erklärung durch einen Mandatar ſetzt ſpecielle Vollmacht des Delaten voraus. — Der Auftrag des Delaten ſteht unter den Regeln des Mandats, die Ausführung deſſelben unter den Vorſchriften über die Ausübung des Erbrechts. — Auftrag in Bezug auf die Erbſchaft eines noch Lebenden. — Handlungen des Mandatars nach erloſchenem Mandat. — Deutſchrechtliche Principien haben den Grundſatz, welcher die eigene Entſcheidung des Delaten über ſein Erbrecht fordert, modificirt. — Fälle, die hier in Betracht kommen (§ 12—16) 385

a. Erbrecht der Hauskinder. § 12. Das alte Recht fordert hier für die Ausübung des Erbrechts den übereinſtimmenden Willen des Filiusfamilias und des Paterfamilias; wer von ihnen dieſen Willen erklärt, iſt gleichgül-

Seite

tig. — Eine iusta causa, welche den Vater an der Ertheilung seines Consenses bis zum Tode des Sohns verhindert, begründet die s. g. transmissio ex iure patrio. — Ausnahmen: die ex occasione castrensi deferirte Erbschaft kann der Sohn ohne Consens des Vaters antreten und repudiiren, und das Erbrecht eines filiusfamilias infans übt nach Ansicht der Sabinianer der Vater als sein Stellvertreter aus; abweichende Ansicht der Proculejaner 392

Theodosius und Valentinian recipiren hinsichtlich des filiusfamilias infans die Meinung der Sabinianer und erweitern das alte Recht durch die s. g. transmissio ex capite infantiae 395

Justinian ordnet den Fall, wo Vater und Sohn sich über die Ausübung des Erbrechts nicht vereinigen können, auf Grund des neugestalteten Vermögensrechts der Hauskinder. — Er macht Antritt und Repudiation des Filiusfamilias vom Consense seines Paterfamilias unabhängig; dessen Interesse wahrt die Bestimmung, daß die Repudiation des Sohns die successive Delation der Erbschaft an den Vater nach sich ziehen soll. — Diese Vorschrift greift auch bei der Erbschaft ex occasione castrensi Platz. — Für den filiusfamilias infans übt der Vater das Erbrecht aus; eventuell bewirkt er den Antritt auf seine Gefahr. — Die Transmissionen ex capite infantiae und ex iure patrio sind dem Justinianeischen Rechte fremd 396

Heutiges gemeines Recht: der Paterfamilias hat nach den deutschrechtlichen Grundsätzen über die väterliche Vormundschaft das Recht, seine minderjährigen Kinder bei der Ausübung des Erbrechts zu vertreten. — Es kommen deshalb die römischen Vorschriften für den filiusfamilias infans auf jeden filiusfamilias minor zur Anwendung. — Justinian's Bestimmungen über das Erbrecht eines willensfähigen Hauskindes haben nur Geltung, wenn dasselbe auch großjährig ist 403

b. Erbrecht bevormundeter Personen.

a. Minderjährige und Verschwender. § 13. Im alten Rechte kann nach der Meinung der Sabinianer für den infans sui iuris der Tutor die b. p. agnosciren und repudiiren, die pro herede gestio aber muß der infans selbst auctore tutore vornehmen; a. M. waren die Proculeja-

Seite

ner. — Die Meinungsverschiedenheit der beiden Schulen setzt sich unter den späteren Juristen fort. — Valentinian und Theodosius recipiren die Ansicht der Sabinianer, mit dem Zusatz, daß der Tutor auch die hereditatis aditio für den infans soll vornehmen können 404

Der impubes infantia maior muß sein Erbrecht selbst ausüben auctore tutore. — Ebenso der pubes minor und der prodigus mit hinzukommendem Consense des Curators . . 407

Heute gilt für den prodigus das römische Recht; der Altersvormund dagegen kann den Mündel ohne Rücksicht auf seine Altersstufe bei der Ausübung des Erbrechts vertreten. — Die Repudiation des Vormunds setzt ein Alienationsdecret voraus 410

β. Wahnsinnige und s. g. Preßhafte. § 14. Das Erbrecht des furiosus, der in väterlicher Gewalt oder unter Altersvormundschaft steht, übt sein Vater bzw. sein Vormund als Stellvertreter aus. — Wegen anderer Gebrechen (Taubheit, Stummheit ꝛc.) Willensunfähige stehen dem furiosus gleich 411

Nach Ansicht der Sabinianer wird auch der furiosus unter Curatel bei der Ausübung des Erbrechts durch den Curator vertreten; die Proculejaner gestatten ihm nur die Agnition der b. p. mit der Wirkung eines provisorischen Erwerbs. — Fortdauer der Controverse unter den späteren Juristen. — Justinian recipirt die Ansicht der Proculejaner. — Inhalt seiner Constitution 415

Definitiver Erwerb durch den Curator Zwecks Restitution eines Universalfideicommisses. — Für den furiosus erwirbt der Curator auch das Universalvermächtniß nur provisorisch 420

Heutiges Recht 422

c. Erbrecht Abwesender und Verschollener. § 15. Der Generalmandatar und der Curator können für den Abwesenden nur den provisorischen Besitz der Erbschaft erbitten; Antritt oder Repudiation setzen ein Specialmandat voraus. — Der Tod des Abwesenden ohne Kenntniß von der Delation begründet die s. g. transmissio excepite i. i restitutionis 423

Dem Verschollenen reservirt das römische Recht sein Erbrecht als ein ungewisses. — Dieser provisorische Zu-

Seite

stand dauert bis zum Beweise seines Todes. — Todespräsumtionen macht das römische Beweisprincip entbehrlich . . 426

Mit der Ausbildung der modernen Beweistheorie im Mittelalter werden juristische Vermuthungen nothwendig. — Die hundertjährige Lebenspräsumtion der Italiänischen Romanisten 429

Ausbildung des Verschollenheitsrechts in Deutschland seit der Reception des römischen Rechts. — Das ältere deutsche Recht. — Verbindung desselben mit den Ansichten der Italiänischen Romanisten durch die Sächsische Praxis. — Resultat: von vornherein tritt für den Abwesenden die römische cura absentis ein, später bei wirklicher Verschollenheit eine deutschrechtliche vererbliche cura der nächsten Erben in Gestalt einer provisorischen Besitzeinweisung mit dem Recht der freien Verwaltung und vollständigen Vertretung auch in Bezug auf den Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen, die sich mit dem hundertsten resp. siebzigsten Lebensjahre rückwärts in definitives Erbrecht umwandelt (s. g. successio ex tunc) 430

Entwickelung des Verschollenheitsrechts im 17. und 18. Jahrhundert. — Opposition gegen die Auffassung der provisorischen Besitzeinweisung als cura. — Opposition gegen die successio ex tunc und die Vererblichkeit der cura. — Resultat: die successio ex tunc wird verdrängt durch die successio ex nunc, und die deutschrechtliche cura wird ein unvererbliches Recht, ohne aber ihren Inhalt zu verändern. — An Stelle der hundertjährigen Lebenspräsumtion wird die siebzigjährige zur Regel. — Natur dieser Präsumtion. — Sie bleibt dieselbe, als Edictalcitationen und Todeserklärungen üblich werden. — Hauptabschnitte in der Behandlung der Verschollenen nach dem Rechte des 17. und 18. Jahrhunderts 432

Gestaltung des Verschollenheitsrechts im gegenwärtigen Jahrhundert. — Das frühere Recht ist fast allgemein verlassen. — Die neuen Ansichten. — Der Widerspruch gegen die Lebenspräsumtion ist gerechtfertigt, soweit auf dieselbe der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen für den Verschollenen gestützt wird. — Grundsätze, welche in dieser Beziehung zur Anwendung zu bringen sind 440

d. Erbrecht juristischer Personen. § 16. Die Ausübung desselben erfolgt durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, eventuell succediren sie ipso iure. — Den Gegenstand der Succession bilden aber nur die Vermögensrechte des Erblassers 448

Einleitung.

Einleitung*).

I. Entstehung der Erbfolge. Einfluß der Gentilverbindung auf die Gestalt des alten römischen Rechts.

Die Erbfolge hat ihren Grund in der Natur des Familienbandes. Die Gemeinschaft des Blutes und die auf ihr ruhende Familienliebe, welche den einzelnen Familiengliedern das Gefühl innerlicher Zusammengehörigkeit giebt, verbindet sie zu einer sittlichen Einheit, der gegenüber sich auch das Vermögen des Einzelnen als ein der Familie gemeinsames darstellen muß, als ein solches, welches nicht blos seinem Erwerber, sondern auch dem Glück und der Wohlfahrt der Seinigen zu dienen hat. Dies ist seine ihm innewohnende moralische Bestimmung. Ihr entsprechend nimmt das Vermögen des Menschen auch im Recht, soweit es die sittliche Gestaltung des Gemeinlebens fordert, die Natur eines Familienvermögens an. So lange der Vermögensinhaber lebt, äußert sich diese in dem Anspruch der nächsten Angehörigen

*) Vgl. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung Bd. 2. Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte S. 306 ff. v. Hahn, Die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien S. 509 ff. Lassalle, System der erworbenen Rechte Bd. 2: das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung.

auf Alimentation und Dotation [1]), bei seinem Tode aber in dem Erbrecht, welches den überlebenden Familiengliedern, unter dem natürlichen Vorzuge der näheren vor den entfernteren, den Erwerb des Vermögens gewährt [2]). Als Gegenstand dieses Rechtes wird das Vermögen zur Erbschaft [3]), und sein auf Grund desselben erfolgender Uebergang auf die berechtigten Ueberlebenden macht den Begriff der Beerbung oder der Erbfolge aus [4]).

Die aus dem sittlichen Charakter der Familie entspringende Idee, daß der Mensch Vermögen, wenn auch zunächst für sich, doch zugleich für seine Familie erwirbt, liegt der Erbfolge in den Rechten aller Völker zu Grunde, nur die nähere Ausführung derselben ist wegen der ungleichartigen rechtlichen Gestaltung der Familie in den verschiedenen Rechten eine verschiedene.

Das Familienband des alten römischen Rechts ist nicht die Blutsgemeinschaft, sondern die Einheit der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt. Diese von der natürlichen Basis abweichende Construction der Familie hatte in den öffentlichen Verhältnissen des römischen Volks ihren Grund. Nach der

---

1) l. 5 § 2 D. de agn. et alend. lib. (25. 3) ... quum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis. c. 7 C. de dot. prom. (5. 11) ... paternum esse officium, dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie. Seneca, de benef. III. 18. Officium esse filii, uxoris et aliarum personarum, quas necessitudo suscitat et ferre opem iubet.

2) l. 1 § 1 D. de divis. rer. (1. 8). Incorporales sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ... nam ipsum ius successionis ... incorporale est.

3) Cicero Top. c. 6. Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. l. 222 D. de V. S. (50. 16).

4) l. 62 D. de R. I. (50. 17). Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit. l. 24 D. de V. S. (50. 16).

alten Gentilverfassung waren die einzelnen Familien politische Corporationen[5]). Macht und Ansehen derselben war durch ihr Vermögen bedingt. Es erschien deshalb einerseits nothwendig, daß sich alles innerhalb der Familie erworbene Vermögen in der Hand des Familienhauptes vereinige, andererseits, daß es bei dessen Tode nur denjenigen Personen zufalle, in denen sich die eigene Familie fortsetzt. Beides erreichte man dadurch, daß man die väterliche und eheherrliche Gewalt zur rechtlichen Grundlage der Familie machte, jenes indem man durch dieselbe die Vermögensfähigkeit der Familie in der Person des Paterfamilias concentrirte, dieses indem man die Erbfolge einschränkte auf diejenigen Personen, welche eine gemeinsame Potestas verbunden hatte, d. i. auf die den Familiennamen tragenden Agnaten. Haustöchter schieden deshalb bei Eingehung einer Ehe, da sie nicht ihre eigene, sondern die Familie ihres Ehemannes fortsetzen[6]), aus jener aus und traten auf Grund der Manus in diese ein, um fortan jeden Erwerb ihrem Ehemanne zuzuführen, und um demnächst nur innerhalb seiner Familie an der Erbfolge Theil zu nehmen. Frauen dagegen, die noch an dem Nachlaß ihres Paterfamilias participirten, kamen mit dessen Tode in die Tutel ihrer Agnaten, um diesen weder durch Dispositionen zu Gunsten Anderer[7]), noch durch

---

5) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 1 S. 163 ff.

6) l. 195 § 5 D. de V. S. (50. 16). Mulier autem familiae suae caput et finis est. l. 196 §. 1 D. eod. Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur patris non matris familiam sequuntur.

7) Gaius I. 157. Sed olim quidem, quantum ad legem duodecim tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores, sed postea lex Claudia lata est, quae quod ad feminas attinet, tutelas illas sustinet. 192 . . . legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur . . .

Eingehung einer ſtrengen Ehe ihr Vermögen entziehen zu können[8]).

In den ſeiner Gewalt unterworfenen Perſonen hat der Paterfamilias den eigentlichen Kreis ſeiner Familie, ſein Haus; ſie leben ſämmtlich von ſeinem Vermögen[9]) und helfen daſſelbe erwerben. Da hiernach das väterliche Vermögen mit für und durch ſie exiſtirt, ſo erhält es ihnen gegenüber auch die Natur eines wahren Familienvermögens: es gehört ihnen im ſittlichen Sinne ſchon bei Lebzeiten des Paterfamilias zu und geht deshalb, wenn ſich bei deſſen Tode die bisherige Familie in mehrere Familien auflöſt[10]), auch rechtlich auf die neuen Familienhäupter über, und zwar nicht blos ipso iure, ſondern wegen der Schulden, welche das Familienbedürfniß erzeugt hat, auch necessitate. In dieſem beim Tode des Paterfamilias von ſelbſt und nothwendig eintretenden rechtlichen Uebergang ſeines Vermögens auf die jetzt ſelbſtändig gewordenen Familienglieder beſteht die Erbfolge der sui[11]).

---

eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat. Gaius, II. 118. Observandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, tutoris auctoritate facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur. Vgl. Gaius II. 122.

8) Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 195 ff. ſieht in dem Conflict, der hier zwiſchen den Intereſſen der Mündel und Agnaten eintritt, gewiß mit Recht den Entſtehungsgrund der freien Ehe.

9) Cicero in Verrem II. 1. 44. Quibuscum vivi bona nostra partimur . . . .

10) l. 195 § 2 D. de V. S. (50. 16) . . . cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt . . . patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent.

11) l. D. de liber et post. hered. (28. 2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut

mitglieder bei der dadurch ermöglichten allmäligen Verarmung der Gens ihre Existenz in Frage gestellt[26]). Wie Ehe und Adoption war deshalb auch die Berufung im Testament durch das Connubium bedingt[27]), und wie jene ein unmittelbares öffentliches Interesse hatten, so wurde auch durch diese der Staat direct berührt. Von ihm mußte daher die juristische Möglichkeit des Testaments constatirt, und demnach dasselbe coram populo, entweder calatis comitiis oder in procinctu[28]), mündlich errichtet und durch Abstimmung zum Gesetz erhoben werden, eine Form, die den Testator zwingt, alle seine Verfügungen dem Urtheil der öffentlichen Meinung zu unterwerfen, und deshalb auch seine Familienglieder gegen Härte und Ungerechtigkeit schützte, mehr als irgend ein Gesetz dazu im Stande gewesen wäre[29]). Den Charakter einer die Intestaterbfolge aufhebenden lex, welchen das Testament auf diese Weise erhielt, hat dasselbe für alle Zeiten im römischen Rechte behalten: der Grundsatz, nach welchem der Wille, theils ex testamento theils ab intestato beerbt zu werden, einen juristischen Widerspruch enthält, der nur dem auch sonst vielfach über dem Gesetz stehenden miles erlaubt ist, kann nur auf ihn zurückgeführt werden[30]). Und ebenso ist

---

26) Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 181 ff.

27) Die Fälle der Erbunfähigkeit bezeugen dies, insbesondere die Erbunfähigkeit der Latini. Ulpian. fragm. XXII. Gaius I. 22. 23. Cicero pro Caec. 35 § 102. Vgl. Böcking, Institutionen § 35 Note 8.

28) Gaius II. 101. Ulp. fragm. XX. 2.

29) Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 137 ff. S. 202. Bd. 2 S. 163.

30) l. 7 D. de R. J. (50. 17). Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Cicero, de invent. II. 21. l. 6 D. de testam. milit. (29. 1): Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. Ueber den ursprünglichen

principiell auch ſtets die Berufung eines teſtamentariſchen Erben von ſeinem Connubium mit dem Teſtator, d. h. von der Möglichkeit eines Familienbandes zwiſchen beiden abhängig geblieben. Modificationen ſind in dieſer Beziehung, wo es das öffentliche Intereſſe forderte, allmälig eingetreten, und urſprüngliche Fälle für die Anwendung des Princips ſind im Lauf der Zeit weggefallen, niemals aber hat daſſelbe ſeine Geltung ganz verloren: auch im Juſtinianeiſchen Recht ſind beim Tode des Erblaſſers noch nicht concipirte Perſonen ebenſo unfähig ihn ex testamento, wie ab intestato, zu beerben, weil von einem Familienbande zwiſchen ihnen nicht mehr die Rede ſein kann[31]). Damit hat ſich das Teſtament ſeinen urſprünglichen Charakter der freien Nachbildung des natürlichen Familienverhältniſſes bis auf den heutigen Tag bewahrt, und wie das Inteſtaterbrecht, trägt deshalb auch das teſtamentariſche die Merkmale eines Familienrechts an ſich.

Wenn es nach der bisherigen Ausführung das Gentilitätsverhältniß war, welches einerſeits der römiſchen Familie ihre eigenthümliche rechtliche Geſtalt gab, innerhalb derſelben die Vermögensfähigkeit auf den Paterfamilias, und die Inteſtaterbfähigkeit auf ſeine Agnaten beſchränkte, und welches andererſeits die Form der Teſtamente, ihre Errichtung vor dem römiſchen Volke, beſtimmte, ſo müſſen ſich nothwendig in demſelben Maße, in welchem die Gentilverfaſſung ihre Bedeutung verliert, auch jene privatrechtlichen Grundſätze

Grund jener Regel iſt viel geſtritten; vgl. namentlich Thibaut, Civiliſt. Abhandl. Nr. 5. Seuffert, Archiv für civil. Praxis Bd. 3 S. 117 ff. Dernburg, Beitr. zur Geſchichte des röm. Teſtam. S. 302 ff. Gans a. a. O. S. 451 ff. Huſchke im Rhein. Muſeum Bd. 6 Nr. 3. Laſſalle a. a. O. S. 247 ff. S. 263 ff. S. 488 ff.

31) § 8 J. de hered. quae ab int. def. (3. 1). l. 3 D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11).

schriften über das peculium profectitium so weit entspricht, als es das ius civile erlaubt; einen rechtlichen Vermögensbesitz schließt dieses für Hauskinder aus, er kann ihnen daher auch iure praetorio nur factisch eingeräumt werden. Des vom Vater unter dem Schutz des Prätors eingeschlagenen Weges bemächtigt sich dann später die Gesetzgebung, um das Gebiet des thatsächlichen Vermögensbesitzes immer mehr zu erweitern und ihn dem rechtlichen so nahe zu bringen, daß er diesem der Sache nach gleichsteht, seine Umwandlung in einen solchen deshalb durch das Bedürfniß, einen nichtssagenden Unterschied zu beseitigen, herbeigeführt werden muß. Wenn dabei ein rechtlicher Erwerb vom Vater unzulässig blieb, so geschah dies um deswillen, weil mit dem Vermögensverkehr zwischen Vater und Hauskind nothwendig unter ihnen auch Rechtsstreitigkeiten hätten gestattet werden müssen. Dies widerspricht aber nach römischem Sinn der sittlichen Natur des Familienlebens, der gemäß über demselben nicht das Recht, sondern nur die Autorität des Hausherrn walten soll. Von Alters her ist es Grundsatz des römischen Rechts, daß sich Zwistigkeiten im Innern der Familie nicht über das Haus hinaus erstrecken dürfen, sondern daß diese der Paterfamilias allein zu schlichten hat. Die seiner Gewalt unterworfenen Familienglieder erscheinen mit ihm zu einer sittlichen Einheit verbunden, und können ihm deshalb nicht als Partei gegenüberstehen, ein Rechtsstreit mit ihnen muß vielmehr, wie ein Rechtsstreit, den der Vater mit sich selbst führen wollte, unmöglich erscheinen[42]). Dieser Grund-

42) l. 16 D. de furt. (47. 2). Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus. Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 2 S. 202.

ſatz hat ſich auch im Juſtinianeiſchen Rechte erhalten, und er iſt es, welcher, der jetzigen Vermögensfähigkeit der Hauskinder ungeachtet, die Anerkennung von Rechtsgeſchäften zwiſchen ihnen und ihrem Vater nicht aufkommen ließ, abgeſehen von den bona castrensia, für welche dem Sohn, für ſeine Lebenszeit ſchon von vornherein, die Eigenſchaft eines Paterfamilias beigelegt ward.

Ganz auf demſelben Wege, auf welchem hiernach das Princip der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder ſeinem Untergang zugeführt wird, kehrt ſich auch der Grundſatz der Erbunfähigkeit der bloßen Cognaten ſchließlich in ſein Gegentheil um. Auch hier iſt es zunächſt das Organ der ſich im Volke bildenden Rechtsanſicht, der Prätor, welcher die mit der Umgeſtaltung der Verfaſſungsverhältniſſe auch für Cognaten geforderte Erbberechtigung ins Werk ſetzt, und zwar in Geſtalt der bonorum possessio, durch welche ſie, ganz analog dem Peculium, das dem Hauskinde ohne Vermögensfähigkeit factiſch Vermögen gewährte, zunächſt gleichfalls ohne Erbrecht nur factiſch die Erbſchaft erhalten. Auch hier geht aber dieſes factiſche Verhältniß mit der Zeit in ein rechtliches über, und auch hier lenkt demnächſt die Geſetzgebung in die vom Prätor betretene Bahn ein, um die ausnahmsweiſen Erbrechte der bloßen Cognaten, und damit die Anerkennung der natürlichen Familie bis zu dem Grade zu ſteigern, daß das alte Princip der Agnation in den ſtehengebliebenen Fällen ſeiner Anwendung nur noch Härten und Inconſequenzen aufweiſt, die ſeine völlige Aufhebung, und die Cognation als die ausſchließliche Grundlage der Erbfolge nothwendig erſcheinen laſſen müſſen.

Als Anknüpfungspunkt für die Heranziehung der Cognaten diente dem Prätor wahrſcheinlich ein Inſtitut des geiſtlichen Rechts, die usucapio pro herede[43]). Die Intereſſen der

43) Vgl. meine Erbſchaft S. 115. An die usucapio pro herede

Schutz des bonorum possessor gegen den heres nicht mehr, wie ursprünglich, die Usucapion maßgebend sein. Der Prätor behandelt jetzt jenen sofort als einen fictus heres, und giebt demgemäß ihm und gegen ihn actiones fictitiae, d. h. alle Klagen, die, wenn er heres wäre, zuständig sein würden, so daß nur noch der Erbe aus einer früheren Klasse eine bonorum possessio sine re herbeiführen kann, und die Usucapion nun für den bonorum possessor keine weitere Bedeutung mehr hat, als daß sie sein ursprünglich bonitarisches Eigenthum in quiritarisches verwandelt[53]). Soweit die usucapio pro herede eine Erwerbsart der Erbfolge war, ging sie in der bonorum possessio auf. Wer sich ohne diese in den Besitz von Erbschaftssachen setzte, konnte nunmehr nur noch diese Sachen ersitzen[54]). Wenn man das Ponti-

---

dem facere non potest . . . Sed cum iis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. l. 3 § 2 D. de bon. poss. (37. 1). Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque, quum moritur, fuit.

53) Ulpian. fragm. XXVIII. 12. Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris; ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur. 13. Bonorum possessio autem cum re datur, aut sine re: cum re, si is qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit; veluti si sit suus heres, intestati bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo possit. Gaius III. 35 sqq.

54) Gaius II. 54. . . olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo continentur, annua usucapio remansit.

ficalrecht, wie es geſchah, entſprechend veränderte[55]), ſo war auch in dieſer ihrer ſpäteren Geſtalt die usucapio pro herede zunächſt noch immer geeignet, ihrem urſprünglichen Zwecke zu dienen: indem ſie den berufenen Erben mit der Ausleerung der Erbſchaft bedrohte, mußte ſie ihn ſtets noch zum alsbaldigen Antritt derſelben und damit zur Uebernahme der Sacra auffordern. Als aber mit dem Verfall der Gentilität die Theilnahme für die herkömmlichen religiöſen Gebräuche erloſch, und als die Intereſſen der Gläubiger anderweitig, durch die Friſten der bonorum possessio[56]) und das spatium deliberandi[57]), ihre Berückſichtigung gefunden hatten, da mußte man einem Inſtitut, das ſich juriſtiſch überhaupt nicht rechtfertigen ließ[58]), nicht blos, wie es zunächſt geſchah, ſeine Wirkſamkeit entziehen[59]), ſondern man mußte ſchließlich nothwendig auch die widerrechtliche Aneignung von Erbſchaftsſachen als ein crimen anſehen und beſtrafen[60]), ſo daß von einem Uſucapionstitel pro herede fortan nur noch unter den gewöhnlichen Regeln der Eigenthumserſitzung die Rede ſein konnte.

55) Cicero, de legib. II. c. 19.

56) Ulpian. fragm. XXVIII. 10. Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt; ceteris intra centum dies. 11. Qui omnes intra id tempus si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent.

57) Gaius II. 167. . . . eique liberum est quocunque tempore voluerit, adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

58) Gaius II. 55. . . . tam improba possessio et usucapio.

59) Gaius II. 57. . . . ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

60) l. 2. 3. D. expil. hered. (47. 19).

Seite

Entstehung des schriftlichen Mancipationstestaments. — Wirkung der Schriftlichkeit auf die Testamentsform: neben das civile tritt das prätorische Testament. — Rückwirkung auf das Civiltestament 63

Verschmelzung des civilen und prätorischen Testaments. — Form des Justinianeischen Privattestaments. — Oeffentliche und unregelmäßige Testamente 67

Inhalt des Testaments. Allgemeine Vorschriften. — Bedürfniß anderweitiger letztwilliger Dispositionen außer der heredis institutio 70

Anderweitige Erbeinsetzungen: Vulgar-, Pupillar- und Quasipupillarsubstitution. — Die Erbeinsetzung ist der nothwendige Inhalt jedes Testaments wegen der Rechte der Erbschaftsgläubiger: diese fordern die Universalsuccession als die juristische Form der Erbfolge 72

Die Vermächtnisse. — Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit. — Größe. — Natur. — Arten des legatum. — Gegenstand. — Errichtungsform: auch das Vermächtniß ist von vornherein ein testamentarisches Geschäft, setzt daher Testir- und Erbfähigkeit voraus. — Durch die damit gegebenen Schranken entstehen neben den legata die fideicommissa 74

Eintritt der Fideicommisse in das Rechtsgebiet. — Verschmelzung der Legate und Fideicommisse. — Entstehung des Codicills. — Oralfideicommiß. — Die Entwicklungsstufen des Universalfideicommisses 85

IV. Ausbildung des Notherbenrechts.

(S. 96—166.)

Entwicklung des formellen Notherbenrechts. Um den mit der Schriftlichkeit des Testaments beseitigten Einfluß der Zeugen auf den Testator zu ersetzen, kommt es zu sorgfältiger Ausbildung des Instituts der Exheredation. — Die römische Jurisprudenz schafft neue Formen der Enterbung, um auf das Gewissen des Testators zu wirken. — Das prätorische Edict schlägt eine gleiche Richtung ein. — Bonorum possessio contra tabulas 96

Seite

Entstehung des materiellen Notherbenrechts. Der blos formelle Schutz erweist sich bei der Heimlichkeit des Testaments als illusorisch. — Die öffentliche Meinung fordert deshalb Schutz für die Familie gegen Lieblosigkeit des Testators. — Demgemäß finden Klagen wegen Inofficiosität eines Testaments beim Centumviralgericht Berücksichtigung . . . 104

Einführung der Querel in das Rechtssystem. — Lieblosigkeit des Testators setzt die unverdiente Ausschließung seiner Familienglieder, also ihre Würdigkeit voraus; in dieser Beziehung werden die Grundsätze über die Ehrenminderung zur Anwendung gebracht. — Nach ihren Folgen charakterisirt sich die Lieblosigkeit des Testators rechtlich als das Delict der Ehrenkränkung; diesem ihrem Klagegrunde gemäß ist der Zweck der Querel Genugthuung für die verletzte Ehre des Klägers. — Das Mittel, welches sie ihm dazu gewährt, ist, den Ursachen der Lieblosigkeit entsprechend, die Verfolgung seines Intestaterbrechts. — Der Zweck der Querel bestimmt die specielleren Erfordernisse ihrer Begründung und ihre Verjährungszeit. — Aus ihrer Natur als **hereditatis petitio intestati** ergeben sich die Bedingungen ihrer Vererblichkeit, die Gründe ihres Untergangs, die **accretio querelae** und die s. g. **successio in querelam**. — Feststellung der zur Querel berechtigten Personen nach dem natürlichen Verwandtschaftsverhältniß. — Bestimmung des zur Ausschließung der Querel erforderlichen Pflichttheils 109

Entstehung der **querela inofficiosae donationis seu dotis** . 129

Die anomalen Pflichttheilsrechte des **arrogatus impubes** und der armen Wittwe 133

Justinian's Reformen. Einführung der **actio suppletoria** unter Modification des formellen Notherbenrechts. — Gleichstellung der männlichen und weiblichen liberi. — Erhöhung des Pflichttheils durch Novelle 18 141

Novelle 115. Sie überträgt für Descendenten und Ascendenten den Begriff der Inofficiosität auf die Form und bringt dadurch unter gänzlicher Aufhebung des alten formellen Notherbenrechts das System der Querel zum Abschluß. — Gründe, aus welchen das Recht der Geschwister keine Veränderungen erfährt. — Erwägungen, welche bei Kindern und Eltern die Einführung gesetzlicher Enterbungsgründe, den Beweis des Exheredationsgrundes durch den Testamentserben und eine

Seite
Beschränkung der Wirkungen der Querel nothwendig erscheinen lassen 151
Begründung des Inofficiosităts- und Reformsystems . . 160

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren des Erbrechts.

Erstes Kapitel.

Vom Nachlaß.

(S. 169—248.)

I. Die Erbschaft. § 1. Voraussetzungen ihrer Existenz: Tod oder Todespräsumtion (Note 1) einer vermögensfähigen Person. — Bestandtheile der Erbschaft: Vermögensrechte und mortis causa erworbene Rechte mit Ausnahme des Erbrechts. — Oeffentliche und familienrechtliche Verhältnisse gehen mit dem Tode ihres Subjects unter. (Begriff der Familienrechte. — Vererblichkeit der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters. Note 7.) 169
Vermögensrechte (Servituten, Privilegien, Obligationen) und Rechtsverhältnisse von vermögensrechtlicher Bedeutung (Besitz, Verträge, Delictsobligationen), welche mit dem Tode ihres Subjects erlöschen. — Vererblichkeit der Delictsforderungen. Heutiges Recht. — Vererblichkeit der Delictsschulden. Heutiges Recht 173
Der Untergang des Besitzes, dinglicher Rechte und obligatorischer Verträge hindert nicht die Vererbung der erworbenen possessorischen Interdicte, und der erworbenen dinglichen und persönlichen Klagen. — Vererblichkeit der diesen Klagen gegenüberstehenden Verbindlichkeiten 187
Insolvenz des Nachlasses schließt die Existenz einer Erbschaft nicht aus. — Ebensowenig eine Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens; kein Erbvertrag 194
Vererbung der iura sepulcrorum 196
II. Hereditas iacens. §. 2. Voraussetzungen ihrer Existenz (Anordnung der deutschrechtlichen cura für einen Verscholle-

Seite

nen kann die hereditas iacens ausschließen. Note 4). — Cura für die hereditas iacens. — Herrenlosigkeit der Erbschaftsrechte 200

Die Subjectlosigkeit der hereditas hindert nicht ihre Erweiterung um Rechte und Schulden auf dem Wege der Acceſſion und Deceſſion. — Dieſe iſt in doppelter Weiſe möglich. — Bedeutung des Satzes: hereditas personae defuncti vicem sustinet 206

Einzelne Vermögensacquiſitionen der hereditas iacens. — Heutige Bedeutung des Satzes: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. — Fälle, wo die persona defuncti nicht in Betracht kommt. — Erklärung der l. 22 D. de fideiuss. (46. 1) 215

Erwerbungen, welche für die hereditas iacens nicht eintreten können. — Princip. — Ausnahmen: Eigenthumserwerb durch Uſucapion, Erwerb der actio iniuriarum 226

Widerlegung der herrſchenden Doctrin 234

unter denen die consanguinei die erſte Stelle erhalten, weil, um den Mannsſtamm zu begünſtigen, von den weiblichen Agnaten überhaupt nur die Schweſtern erbfähig ſind. Und fehlt es auch an ſolchen Perſonen, oder wird die Erbſchaft vom proximus agnatus nicht erworben, ſo gelangt ſie unter Ausſchließung aller entfernteren Agnaten an die Gens, in der die einzelnen römiſchen Familien ihre höhere, ihnen überall Schutz gewährende Einheit haben [16]), d. i. an alle diejenigen,

---

16) Ulpian. fragm. XXVI. 1. Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sint, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae. Id enim cautum est lege XII tabularum: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Paulus R. S. IV. 8. §. 3 ... Sane consanguineos lex non apprehenderat; interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt. §. 22. Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit. §. 23. In hereditate legitima successioni locus non est: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur. Collat. XVI. 4: Si agnatus defuncti non sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Vgl. Gaius III. 1—24. Ueber die Verpflichtungen der Gens gegen ihre einzelnen Glieder, denen wiederum Verbindlichkeiten und Beſchränkungen dieſer zu Gunſten der Gens correſpondirten, und in denen gewiß auch der Grund zu finden iſt, daß unter den Agnaten keine successio graduum Statt fand, ſiehe Ihering a. a. O. Bd. 1 S. 168 ff. Auch Ihering (Bd. 2 S. 487) nimmt an, daß die Worte der XII Tafeln nur als äußerer Anknüpfungspunkt für jenen Rechtsſatz von der alten Jurisprudenz benutzt wurden, betrachtet aber als Grund deſſelben die Tendenz, den vom Geſetz in keiner Weiſe berückſichtigten Cognaten einen Zugang zum

welche das nomen gentilicium des Erblaſſers führen und deshalb ſeine gentiles heißen [17]).

Iſt durch Emancipation des Erblaſſers ſein Agnationsverhältniß zerſtört, ſo tritt das Patronatsverhältniß an deſſen Stelle; es wird alſo ſeinem Manumiſſor die Erbſchaft deferirt [18]).

Jene weitere Familie des Erblaſſers hat, weil kein lebendes gemeinſames Familienhaupt, auch kein gemeinſchaftlich zu ihrer Erhaltung dienendes Familienvermögen. Sie beſteht aus einer Mehrzahl von Perſonen, die ihre eigene Familie bilden [19])

Nachlaß zu gewähren. Er folgt dabei der herrſchenden Anſicht, daß beim Wegfall des proximus agnatus auch keine successio ordinum an die Gentilen Statt gefunden habe. Dieſe Anſicht ſcheint nicht gerechtfertigt, da ſich die betreffenden Stellen ſämmtlich nur auf die Claſſe der Agnaten und auf die successio graduum innerhalb dieſer beziehen, vgl. Gaius III. 12. 22. 28. Ulpian. fragm. XXVI. 5. — § 7 I. de leg. agn. succ. (3. 2), beſonders aber l. 2 pr. — § 7 D. de suis et legitim. hered. (38. 16) und Collat. XVI. 7.

17) Festus s. v. gentilis: Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is, qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: „Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur.“ — Cicero Top. c. 6 § 29. Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video, Scaevolam Pontificem ad hanc definitionem addidisse. Vgl. Lange, Römiſche Alterthümer Bd. 1 S. 166 ff.

18) Collat. XVI. 9. . . . Quodsi is, qui decessit, liber fuit ex remancipatione manumissus, lex quidem XII tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit. c. 3 C. Th. de leg. hered. (5. 1). c. 7 § 1 C. ad. S. C. Tert. (6. 55). c. 13 C. de leg. hered. (6. 58). Ueber die Inteſtaterbfolge beim Tode eines Freigelaſſenen vgl. Gaius III. 39. Ulpian. fragm. XXVII.

19) l. 195 § 2 D. de V. S. (50. 16) . . . Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat . . .

oder haben, und von denen deshalb jede allein oder mit ihrer engeren Familie von ihrem besonderen Vermögen lebt, so daß auch die dazu gehörigen Schulden nur durch das eigene oder durch das Bedürfniß der engeren Familie erzeugt werden. Aus diesem Grunde kann das Vermögen, wie an die Gens, auch an die der familia agnatorum angehörigen Personen nicht ipso iure und necessitate gelangen, sondern es kann ihnen blos angetragen, blos deferirt werden, damit sie sich über Solvenz oder Insolvenz der Erbschaft unterrichten und deliberiren können, ob sie die Rechte und die Verbindlichkeiten des Verstorbenen zu den ihrigen machen, also ob sie die Erbschaft antreten oder repudiiren wollen. Die entfernteren Familienglieder des Erblassers heißen daher, weil sie nur mit ihrem Willen die Erbschaft erwerben, heredes voluntarii, oder gewöhnlicher nach ihrer Stellung außerhalb der römischen Familieneinheit, in welcher diese Art des Erwerbes ihren Grund hat, heredes extranei [20]).

Bei einfachen Sitten läßt es sich vollkommen rechtfertigen, wenn den extranei als freiwilligen Erben die sui als nothwendige gegenüberstehen. Wenn aber diese untergehen, und in Folge dessen die Ueberschuldung des Vermögens nicht mehr in dem wirklichen Bedürfniß der Familie, sondern in dem schlechten Haushalt des Paterfamilias ihren Grund hat, kann es nicht mehr gerecht erscheinen, wenn demungeachtet die sui gegen ihren Willen für die Schulden haften und die mit der venditio bonorum verknüpfte Infamie auf sich nehmen sollen. Es wird deshalb jetzt ein Bedürfniß, sie von der nothwendigen Erbfolge zu befreien. Diesem Bedürfniß hat der Prätor durch Einführung des beneficium abstinendi ent-

20) Gaius II. 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.

ſprochen. Durch daſſelbe ſind die heredes sui im Reſultat den heredes extranei gleichgeſtellt. Sie werden zwar wegen ihrer Familienſtellung immer noch ipso iure Erben, aber ob ſie die Erbſchaft behalten wollen oder nicht, darüber können auch ſie jetzt deliberiren und ſich nach freier Wahl für die Abſtinenz oder für die Retention der Erbſchaft erklären [21]).

Mit der bisher entwickelten urſprünglichen Geſtalt der römiſchen Familie, nach welcher der nächſte Cognat des Erblaſſers nicht blos durch den entfernteſten Agnaten von der Erbfolge ausgeſchloſſen, ſondern auch nicht einmal an letzter Stelle zu derſelben berufen wird, tritt nothwendig die natürliche Liebe zu den Blutsverwandten in einen ſolchen Conflict, daß es ein unabweisbares Bedürfniß wird, die bloßen Cognaten an der ihnen vom Geſetz verſagten Erbſchaft durch Rechtsgeſchäfte Theil nehmen laſſen zu können. Dieſe Rechtsgeſchäfte ſind die Teſtamente [22]). Die teſtamentariſche Erbfolge erſcheint demnach in ihrer Urſprünglichkeit als ein Ausfluß des rein natürlichen Familienbandes, in welchem der Widerſpruch zwiſchen der juriſtiſchen und natürlichen Familie ſeine Löſung findet. Allein wenn ſich auch die Teſtamente zuerſt um der Cognaten willen als nothwendig erwieſen, ſo konnte doch das römiſche Recht dieſelben ſchon von

---

21) Gaius II. 158. Sed his praetor permittit, abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. § 2 J. de hered. qual. (2. 19). l. 89 D. de legat. (30) . . . Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, ius se in eorum persona tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent. l. 7 pr. D. de iur. delib. (28. 8) . . . postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat, eum hereditatem retinere.

22) Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 190 ff.

Sie hießen daher heredes sui et necessarii, oder, als dem Hause des Erblassers angehörige Personen, auch heredes domestici [12]).

---

nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. l. 1. § 12 D. de succ. edict. (38. 9) . . . qui paene ad propria bona veniunt. l. 7 pr. D. de bon. damnat. (48. 20). Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in iure civili suorum heredum nomen iis inditum est. §. 3 I. de heredit. quae ab int. def. (3. 1). Sui autem etiam ignorantes, fiunt heredes . . . et statim morte parentis quasi continuatur dominium. Daß hier überall nur an eine *sittliche* Berechtigung der sui bei Lebzeiten ihres Paterfamilias gedacht wird, ist selbstverständlich, da diesem andern Falls das Recht der Exheredation nicht hätte zustehen können: denn eine Befugniß, den Kindern ihr Vermögen zu nehmen, hat das römische Recht dem Vater niemals eingeräumt. Vgl. Stahl, Philosophie des Rechts II. § 91. Schmidt a. a. O. S. 310, der nach seinem dem römischen Recht zugeschriebenen Grundprincip die Entwicklung des Instetaterbrechts aus der sittlichen Bestimmung des Vermögens für die Familie leugnet, führt die Erbfolge der sui auf ihre Personeneinheit mit dem Paterfamilias zurück. Abgesehen davon, daß das römische Recht den Begriff der s. g. unitas personarum überhaupt nicht kennt (vgl. Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. § 184 und Böcking, Institutionen § 45), hätte seine Anwendung in unserm Falle gleichfalls die Exheredation der sui unmöglich machen müssen. Denn diese Personeneinheit läßt sich nicht denken, ohne daß auch die Kinder Rechtssubjecte des Vermögens werden, was mit ihrer Vermögensunfähigkeit im Widerspruch stehen würde. Siehe dagegen auch v. Hahn a. a. O. S. 194 ff. und S. 519 ff.

12) §. 2 I. de hered. qualit. et diff. (2. 19) . . Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur . . Ne-

Die wahre römiſche Familieneinheit machen nur der Paterfamilias und die ſeiner Poteſtas Unterworfenen aus[13]). Alle übrigen Perſonen ſtehen außerhalb derſelben und heißen deshalb extranei[14]). Indeſſen die beim Tode des Paterfamilias aus deſſen sui und weiterhin aus deren Nachkommen beim Tode ihres Gewalthabers hervorgehenden beſonderen Familien, in denen ſich der Familienname erhält, bleiben, weil ſich der Gewaltnexus hier auf natürliche Weiſe löſt, und deshalb der ſittliche Zuſammenhang unter ihnen fortdauert, auch ferner noch agnatiſch mit einander verwandt und werden durch dies verwandtſchaftliche Band zu einer Familie im weiteren Sinne, der familia agnatorum, zuſammengehalten[15]). Deshalb hat das Vermögen eines Verſtorbenen eine eventuelle Beſtimmung auch für dieſen ſeinen entfernteren Familienkreis: wenn dem Erblaſſer bei ſeinem Tode die engere Familie der sui fehlt, ſo fällt es ſeinen Agnaten zu,

---

cessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento ex lege XII tabularum heredes fiunt. Gaius II. 156. 157.

13) l. 195 §. 2 D. de V. S. (50. 16) . . . Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subjectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes et deinceps.

14) Gaius II. 161. Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur; itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, sicut extranei videntur. l. 55 §. 1 D. de ritu nupt. (23. 2) . . quia post emancipationem extraneus intelligor. c. 3 C. de filiisf. (10. 60) . . . quos emancipatos esse atque ex familia exiisse manifestum est.

15) l. 195 §. 2 D. de V. S. (50. 16). Communi iure familiam dicimus omnium agnatorum: nam et si patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabantur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt.

vornherein nicht auf dies ihr ursprüngliches Bedürfniß beschränken: denn dies betrachtete die bloßen Cognaten einer Person, wo es sich um deren Vermögen handelte, überhaupt nicht als ihre Familienglieder, sondern als andere Nichtverwandten gleichstehende Personen. Das römische Recht konnte also sofort das Testament nur als ein allgemeines Mittel behandeln, durch welches Jemand auf seinen Todesfall andern Personen Rechte, wie sie Familiengliedern zustanden, auf sein Vermögen geben könne, oder was dasselbe ist, als ein Mittel, welches die Nachbildung des Familienbandes zu vermögensrechtlichen Zwecken nach dem freien Willen des Testators ermöglichte [23]). Durch diesen seinen rechtlichen Charakter tritt das Testament mit der sittlichen Natur der Familie durchaus nicht in Widerspruch. Die Familie ist ihrem Wesen nach eine auf Liebe und Zuneigung beruhende Schöpfung des Familienvaters. Ihre Gestaltung kann daher nicht unter die Herrschaft des Gesetzes gestellt werden. Es darf vielmehr für die Familie kein anderes Gesetz geben als das ihres Stifters, und für diesen kein anderes als sein eigenes. Nur dem absolut und unbedingt Verwerflichen kann der Staat durch Rechtsvorschriften begegnen, im Uebrigen muß die Macht der Sitte und der öffentlichen Meinung der Familie ihren sittlichen Charakter bewahren. Diese Ausschließung des positiven Rechts von dem Gebiet der Familie erkennt das ältere römische Recht durch die fast schrankenlose Potestas an, welche es dem Paterfamilias einräumte, nicht um die Familienglieder seiner Willkür Preis zu geben [24]), sondern damit

23) Stahl, Philosophie des Rechts. Bd. 2 § 92.

24) l. 5 D. de lege Pomp. de parr. (48. 9) . . . patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. l. 22 § 4 D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5) . . . pietas paterni nominis consilium pro liberis capit.

er sich ungehindert seine Familie den individuellen Verhältnissen gemäß zu gestalten vermag [25]). Zu diesem Zweck hat er bei seinen Lebzeiten einerseits in der Adoption ein rechtliches Mittel, sich den Kreis seines Hauses auf künstlichem Wege zu bilden und zu erweitern, andererseits in der Emancipation die Möglichkeit, ein bestehendes Familienband aufzulösen, wo dies ein sittliches Bedürfniß ist. Zu demselben Zweck dient ihm auf seinen Todesfall das Testament. Durch dasselbe soll er die gesetzliche Erbfolge aufheben und denjenigen Personen, die darauf allein einen sittlichen Anspruch haben, die Rechte, welche das Familienverhältniß auf den Nachlaß gewährt, einräumen, also in ihnen dem gegebenen Familienkreis einen andern für die Zeit, da er aus dem Leben scheidet, substituiren können. Indem das römische Recht so auf der einen Seite dem Paterfamilias noch auf den Todesfall die freie Gestaltung seiner Familie überläßt, übersieht es doch auf der andern Seite die Möglichkeit eines Mißbrauchs dieser Freiheit nicht. Durch die Form des Testaments tritt es derselben entgegen. Bei der politischen Bedeutung, welche ursprünglich die römische Familie hat, kann sich das Interesse des Staats nicht darauf beschränken, daß ihre Gestaltung im Allgemeinen ihrer sittlichen Natur gemäß erfolgt. Das Wesen des Geschlechterstaats bringt es mit sich, aus der Gens alle fremdartigen Elemente fern zu halten und sich nur aus sich selbst zu ergänzen; ebenso fordert es, um den Bestand der Gentes zu sichern, daß sich mit ihnen auch das in ihnen befindliche Vermögen verbinde. Die Aufnahme Fremder in die Familie hätte das feste, verwandtschaftsmäßige Zusammenhalten der Gens bedroht, und die Zuwendung des Vermögens durch Testament an Nicht-

25) Vgl. Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 201 ff. S. 215.

Religion forderten, daß die Sacra des Verstorbenen durch seinen Tod keine längere Unterbrechung erfuhren. Wenn der Erbe, dem ihre Fortsetzung oblag [44]), mit dem Antritt zögerte, galt es daher, an seiner Stelle möglichst einen Andern zur Uebernahme der Sacra zu bestimmen. Ohne Aussicht auf Vortheil würde sich natürlich hierzu in den meisten Fällen Niemand gefunden haben; man mußte daher eine solche Aussicht eröffnen, wenn man den beabsichtigten Zweck erreichen wollte. Dies geschah durch folgende Bestimmung: wer an Stelle des berufenen Erben die Sacra des Erblassers übernimmt, und um deswillen das heredium [45]) d. i. das hinterlassene Grundstück, auf dem die Opfer zu verrichten waren [46]), und in welchem sich, wie der Name ergiebt, in alter Zeit der ganze Nachlaß concentrirte, ein Jahr lang ununterbrochen besessen hat,

---

knüpfen schon v. Savigny und Huschke, Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 5 S. 14 ff. und Bd. 14 S. 157 ff. S. 204 ff. die Entstehung der bonorum possessio an. Einen andern Ausgangspunkt nehmen: v. Löhr in seinem und Grolmann's Magaz. Bd. 3 Abh. 8, Bd. 4 Abh. 20, Fabricius, Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum S. 17 ff., Leist, Die Bonorum Possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung Bd. 1 Kap. 1, Hingst, Comment. de bonor. possessione. Amstelodami 1858. pag. 108 sqq.

44) Cicero, de legib. II c. 19. Hoc uno posito, haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret et his esset ea adjuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. ibid. c. 21 . . sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt. Vgl. v. Savigny, über die juristl. Behandl. der sacra privata bei den Römern, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 2 S. 362 ff. Lassalle a. a. O. S. 30 ff.

45) Varro, de re rustic. I. c. 10. Bina iugera, quae a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae quod heredem sequerentur, heredium appellarunt.

46) Vgl. Hüllmann, Ius pontificium der Römer S. 22, 66.

der ſoll dadurch die Erbſchaft für ſich erſitzen. Nachdem man auf dieſe Weiſe einmal aus religiöſen Gründen einem Unberufenen geſtattet hatte, ſich als Erben zu geriren, nahm man keinen Anſtand, ihm dieſe Befugniß auch rückſichtlich der Erbſchaftsgläubiger einzuräumen, ſo daß alſo gleichzeitig dieſen in dem Uſucapienten eine Perſon gegeben war, von der ſie ihre Befriedigung erhalten konnten. Die usucapio pro herede war ſomit in ihrer älteſten Geſtalt ein Inſtitut, welches den doppelten Zweck hatte, einerſeits dem Delaten, wie billig, eine Friſt, trotz dieſer aber andererſeits den Göttern ohne längere Unterbrechung ihre Sacra, und den Gläubigern ihre rechtzeitige Befriedigung zu gewähren[47]). So lange ſich die Erbſchaft eines römiſchen Bürgers auch dem Aeußeren nach einheitlich in ſeinem heredium darſtellte, mochten ſich mit demſelben keine ſonderlichen Inconvenienzen verbinden. Dieſe mußten aber nothwendig eintreten, wenn mit der zunehmenden Entwicklung des Verkehrs eine hinterlaſſene Erbſchaft aus mannigfachen, an verſchiedenen Orten gelegenen Gütern beſtand, und ſich deshalb nicht mehr blos Ein Uſucapient, ſondern deren viele in den Beſitz derſelben ſetzten. In dieſem Fall mußte conſequenter Weiſe jeder von ihnen auf eine nach dem Werth der apprehendirten Sachen zu berechnenden Quote Erbe werden, alſo zu dieſer Quote auch für die Schulden des Erblaſſers haften, wer unter ihnen aber die Sacra zu übernehmen habe, darüber ward eine beſondere Beſtimmung nöthig. Indem dieſe dahin erfolgte, daß die Sacra fortan die größere Erbſchaftsquote

47) Gaius II. 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. pr. D. de succ. edict. (38. 9).

belaſten ſollten[48]), war das Intereſſe des Pontifex auch noch bei einer mit der usucapio pro herede verbundenen Zerſplitterung des Nachlaſſes gewahrt, für die Erbſchaftsgläubiger aber hatte dieſe nothwendig die läſtigſten Folgen: denn bei den möglicherweiſe ſehr zahlreichen Quoten, zu welchen die Erbſchaft erſeſſen wurde, gingen ihre Forderungen unter ſo viele Schuldner aus einander, daß ihnen die Eintreibung derſelben außerordentlich erſchwert werden mußte. Es konnte daher nicht ausbleiben, daß, wenn ſo die usucapio pro herede ein die Gläubiger benachtheiligendes Inſtitut wurde, der Prätor eine Regulirung derſelben eintreten ließ, und zwar in der Art, daß ſich fortan die Erſitzung der Erbfolge nur an die Perſonen knüpfte, welchen von ihm die Beſitzergreifung des Nachlaſſes geſtattet, oder was daſſelbe iſt, die bonorum possessio ertheilt war. Damit war zugleich der Weg gegeben, vor ganz fremden Perſonen den Verwandten des Erblaſſers, welche nach ius civile kein Erbrecht hatten, durch den Beſitz der Erbſchaft den Erwerb derſelben zu ermöglichen. Und dieſer wurde zunächſt betreten, als ſich die Volksanſicht für eine Berückſichtigung der Cognaten zu erklären begann, und ihnen deshalb zuvörderſt wenigſtens bei der iure civili möglichen Acquiſition des Nachlaſſes durch Nichterben die erſte Stelle eingeräumt wiſſen wollte[49]). Wenn demgemäß die bonorum possessio urſprünglich nichts Anderes war als eine factiſche Gewährung der Erbſchaft zum Zweck ihrer Erſitzung[50]), ſo mußte ſie natürlich zunächſt

48) Cicero, de legib. II c. 20.

49) Cicero, de part. orat. c. 28 . . quum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio . . . quid aequius aequissimumve sit, quaeritur.

50) l. 11 pr. D. de H. P. (5. 3). . . Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

auch ſtets sine re ſein, ſobald ein heres vor Ablauf der Uſucapionszeit dem bonorum possessor gegenübertrat. Es konnte daher anfänglich von ihr ein auf alle Fälle erfolgreicher Gebrauch nur gemacht werden, wenn es an civilen Erben fehlte, oder wenn dieſe ſelbſt des interdictum quorum bonorum wegen ſich der prätoriſchen Hülfe bedienten, alſo nur supplendi et confirmandi iuris civilis gratia [51]). Eine andere Geſtalt dagegen, in der ſie auch corrigendi iuris civilis gratia wirkte, mußte die bonorum possessio annehmen, als es im Volke ſchließlich allgemeine Rechtsanſicht wurde, daß auch die Cognaten einen wirklichen Anſpruch auf die Erbfolge haben, und je nach ihrem Familienbande zum Erblaſſer neben, vor oder nach ſeinen civilen Inteſtaterben berufen werden müßten. Jetzt mußte der Prätor einerſeits ſie mit einem Schutze ausſtatten, welcher ihnen als bonorum possessores eine den heredes analoge Stellung gab, und andererſeits eine Ordnung aufſtellen, welche das Verhältniß zwiſchen bonorum possessores und heredes beſtimmte. Damit entſtand dann aber ein ſelbſtändiges prätoriſches Inteſtaterbrechtsſyſtem, welches auch die Civilerben umfaßte, und deshalb auch ihnen die Vortheile der bonorum possessio gewährte [52]). In demſelben kann ſelbſtverſtändlich für den

51) l. 7 § 1 D. de I. et I. (1. 1). Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.

52) Gaius III. 25. Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. pr. I. de bonor. poss. (3. 9). . . Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia... § 1. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem; . . item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat . . . § 2. Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt: nam praetor here-

modificiren, welche nur in Folge der politischen Function der Familie entstanden sind und in dieser allein ihre Rechtfertigung finden. Der Grundsatz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder und der Erbunfähigkeit der bloßen Cognaten muß auf dem Wege sich fortwährend erweiternder Ausnahmen schließlich seinen völligen Untergang finden, und das Testament muß, wenn der Staat kein unmittelbares Interesse mehr an seiner Errichtung hat, seine durch dieses bestimmte ursprüngliche Form gleichfalls verändern. Bei der jetzt allein noch zu schützenden Familie des Testators muß zuvörderst auch eine für diesen weniger lästige Form ausreichend erscheinen. Wenn sich aber im Lauf der Zeit erweist, daß die Form, welche die Familie schützt, den Testator gefährdet, so bleibt kein Ausweg, als den formellen Schutz durch Rechtsvorschriften zu Gunsten der Familie zu ersetzen und damit die Bedeutung der Testamentsform auf eine nur noch Schutz gegen Fälschung gewährende Solennität herabsinken zu lassen.

Die folgende Darstellung soll des Näheren nachweisen, wie sich diese Veränderungen im Einzelnen vollzogen haben, und zu diesem Zwecke von der successiven Umgestaltung des Vermögensrechts der Familie und der gesetzlichen Erbfolge, von der Entwicklung des testamentarischen Erbrechts, sowie endlich von der Ausbildung des Notherbenrechts handeln.

II. Umgestaltung des Vermögensrechts der Familie und des gesetzlichen Erbrechts.

Den Keim zur Vermögensfähigkeit der Hauskinder legt das römische Recht in dem peculium profectitium. In ihm erfolgt die erste Anerkennung, daß auch der in der Gewalt Befindliche etwas Eigenthümliches haben dürfe[32]). Zwar schließt die Po-

32) Gans a. a. O. S. 319.

teſtas für den Vater die Möglichkeit aus, den Filiusfamilias zu Vermögensſtücken in das Verhältniß eines Eigenthümers zu ſetzen, aber ein Verhältniß, welches thatſächlich demſelben faſt gleich kommt, — die Einräumung eines freien Verwaltungsrechtes, das als ſolches alle Dispoſitionen geſtattet, welche dem Filiusfamilias irgend nützlich zu werden vermögen —, läßt ſich trotz derſelben herſtellen. Indem der Prätor eine ſolche vom Vater gewährte libera administratio in dem peculium profectitium unter ſeinen Schutz ſtellt, mit der Beſtimmung, daß ſich das Verwaltungsrecht dem Gedanken gemäß, in welchem das Peculium gegeben iſt, bei Aufhebung der Gewalt von ſelbſt zum Eigenthum ſteigern ſoll, iſt der erſte Schritt gethan, auch Hauskindern den Beſitz eines eigenen Vermögens zu ermöglichen[33]).

Zu einem weiteren und umfaſſenderen Vorgehen auf dieſem Wege bietet demnächſt das militäriſche Verhältniß des Filiusfamilias den Anknüpfungspunkt. Ueberall zeigt ſich ſeit der Kaiſerzeit im römiſchen Recht die Neigung, auf den Soldatenſtand, durch welchen der Princeps ſeine Macht ausübt, auch den Grundſatz, welcher dieſen von der Herrſchaft des Geſetzes befreit, übergehen zu laſſen. Die Regel nemo pro

33) l. 5 § 3 D. de peculio (15. 1). Peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. § 4 quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet. l. 39 D. eod. l. 7 pr. D. de donat. (39. 5) Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat; l. 31 § 2 D. eod. Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatae non ademit, ex postfacto donationem videbatur perfecisse. Rechtlich konnte zwar, wie den Sclaven, auch den Hauskindern das Peculium von dem Paterfamilias willkürlich wieder entzogen werden, aber factiſch war doch in dieſer Beziehung die Lage beider eine ſehr verſchiedene; was hier das Recht geſtattete, das verboten die Lebensverhältniſſe einem erwachſenen Sohn gegenüber, der bisher mit ſeiner Familie in factiſcher Unabhängigkeit gelebt und ſeinen eigenen Haushalt geführt hatte. Vgl. Jhering a. a. O. S. 215.

parte testatus, pro parte intestatus decedere potest hatte, wie bereits erwähnt ist, für ihn keine Geltung. Wenn man von dem Princip, nach welchem der Filiusfamilias Alles seinem Vater erwirbt, seinen militärischen Erwerb ausnahm, so mußte das jedenfalls einen noch befriedigenderen Eindruck machen. Indessen tritt von vornherein auch diese Ausnahme in der Gestalt eines Peculiums auf. Ein ganz selbständiges Vermögen des Filiusfamilias, welches in gar keinem rechtlichen Zusammenhang mit dem Vermögen des Vaters stand, schloß auch hier zunächst die Potestas noch aus. Was der Filiusfamilias als miles erwirbt, das erwirbt er mit allen Rechten eines Paterfamilias, also auch mit der Befugniß, darüber zu testiren, macht er aber von dieser keinen Gebrauch, so werden bei seinem Tode auch diese Güter als blos factisch dem Sohn vom Vater überlassene behandelt, und sie fallen deshalb letzterem iure peculii zu[34]). Nach einem Bruche, wie ihn das Princip der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder auf diese Weise durch das peculium castrense erfuhr, mußten nothwendig, da es seinen Halt in den öffentlichen Zuständen überhaupt verloren hatte, successive weitere Ausnahmen von demselben in immer rascherer Aufeinanderfolge eintreten. Dem militärischen Erwerb wird zuerst jeder Erwerb des Filiusfamilias im Staatsdienst als peculium quasi castrense gleichgestellt[34a]), und die christlichen

34) l. 2 D. de S. C. Mac. (14. 6) . . . quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. Ulp. fragm. XX. 10 . . . divus Augustus constituit, ut filiusfamilias miles de eo peculio, quod in castris acquisivit, testamentum facere possit. l. 2 D. de pec. castr. (49. 17). Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur, si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.

34a) c. 7 C. de assessor. (1. 51). c. 4. 14. C. de advoc. (2. 7). c. 34. 50 C. de episc. (1. 3). Nov. 123 c. 19. —

Kaiſer ſprechen demnächſt den Hauskindern die Erbſchaft der Mutter (bona materna), ſpäter jeden Erwerb von ihr und den mütterlichen Ascendenten (bona materni generis), ſo wie ſchließlich die lucra nuptialia als eigenes Vermögen, jedoch ohne Teſtirfähigkeit, zu, dem Vater aber wird nur noch der lebenslängliche Nießbrauch und die Verwaltung belaſſen[35]). So entſteht das ſ. g. peculium adventicium. Auch bei ihm äußert ſich der Charakter des Peculiums, wie bei den caſtrenſiſchen Peculien, in der That nur beim Tode der Kinder: ſind ſie in der Gewalt des Vaters verſtorben, ſo zieht dieſer jene Güter iure peculii an ſich. Dieſe letzte Schranke, welche die Poteſtas noch der Vermögensfähigkeit der Hauskinder bei allen dieſen Erwerbungen auf den Todesfall zieht, durchbricht alsbald das römiſche Recht gleichfalls dadurch, daß es ihren Deſcendenten und nach dieſen ihren Geſchwiſtern, — bei den bona adventicia den halbbürtigen nach den vollbürtigen — ein Erbrecht vor dem Vater einräumt[36]). Das ius peculii wirkt nur noch ſo viel, daß es

---

35) c. 1. C. de bon. mat. (6. 60). Res, quae ex matris successione ... fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fruendi duntaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente. c. 2. C. eod. Quidquid avus, avia, proavus, proavia ex materna linea venientes, nepoti ... successione contulerint, pater filio ... custodiat, ut vendere, donare ..., sicut nec materna bona, non possit, usufructu duntaxat ad eum pertinente. c. 1 C. de bonis quae liber. (6. 61).... quidquid vel uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in potestate positae quocunque titulo vel iure contulerit sive transmiserit, hoc patri nullatenus acquiratur; atque ideo in eius tantum, cui delatum est, iure durabit. c. 8. § 5 C. eod. ... Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus. ...

36) pr. J. quib. non est perm. test. fac. (2. 12) ... Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint; si vero intestati decesserint, nullis

dem Vater den lebenslänglichen Nießbrauch an den Adventicien erhält[37]), im Uebrigen nimmt es der Sache nach die Bedeutung eines nachstehenden Intestaterbrechts an. Justinian, nachdem er zuvor die Vorschriften über die bona materna auf jeden nicht ex re patris erfolgenden Erwerb des Filiusfamilias ausgedehnt hatte[38]), wandelte es deshalb

---

liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. c. 3 C. de bon. quae lib. (6. 61). Quod scitis prioribus continetur, nec a filia, quae in potestate est, donationem ante nuptias patri, nec a filio dotem acquiri, eo addito confirmamus, ut, defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis extantibus moriantur, ad liberos eorum eaedem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur. . . . c. 4 C. eod. c. 11 C. comm. de succession. (6. 59). Sancimus, quemadmodum de his rebus, quae liberis in sacris constitutis ex occasione maritali acquisitae sunt, certus destinatus est ordo, ut, si quis ex his ab hac luce fuerit subtractus, pars eius, quam lucratus fuerat, ad liberos eius . . . concedatur, quibus non extantibus, ad fratres suos ex eodem matrimonio progenitos, vel si etiam non supersint, ad fratres ex aliis nuptiis procreatos, quumque nemo eorum fuerit relictus, tunc ad patrem perveniat; ita et de his, quae materna linea per quamcunque occasionem vel inter vivos, vel per ultimas dispositiones, vel ab intestato descendunt, similis ordo servetur ... Nach der ein Jahr früher von Justinian erlassenen c. 7 C. ad S. C. Tertull. (6. 56) soll auch die Mutter mit den Geschwistern des verstorbenen Hauskindes zusammen erben und den Vater ausschließen. Die c. 11 cit. spricht daher von dem Fall, wenn keine Mutter vorhanden ist.

37) c. 11 C. comm. de succ. (6. 59). . . . In omnibus videlicet casibus in superstite sobole liberorum et fratribus adhuc viventibus, qui ad hereditatem defuncti patrem antecedunt, usufructu rerum, quarum dominium ad eos pervenit, apud parentes remansuro.

38) c. 6 pr. C. de bon. quae lib. (6. 61). . . Si quis itaque filiusfamilias . . . aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat . . . § 1. Sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in successione quidem earum rerum, quae extrin-

in der Nov. 118 auch überall in ein Erbrecht um, und zwar in ein ſolches, welches nur noch dem Erbrecht der Kinder nachſteht[39]). Seitdem giebt es nur noch bona castrensia und quasi castrensia und bona adventicia: denn dieſe Güter ſind jetzt in jeder Beziehung rechtlich von den väterlichen getrennt, alſo dem Sohn ausſchließlich gehöriges Vermögen, und haben deshalb ihre Peculieneigenſchaft völlig verloren. Der alte Grundſatz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder hat ſomit ſein Ende erreicht. Die väterliche Gewalt bewirkt für ſie nur noch bei den bona adventicia regularia eine Entziehung, bei den irregularia eine Beſchränkung der Dispoſition[40]), und nimmt von den Perſonen, von welchen ſie erwerben können, ihren Paterfamilias aus. Was ſie von ihm acquiriren, iſt nur factiſch vom väterlichen abgeſondertes Vermögen, alſo, wie von vornherein, auch jetzt noch ein bloßes Peculium[41]).

Es ergiebt ſich aus dieſem Ueberblick, daß es der Vater ſelbſt iſt, welcher zuerſt ſeinen Hauskindern die Möglichkeit, eigenes Vermögen zu beſitzen, gewährt wiſſen will, und daß der Prätor dem bei den veränderten öffentlichen Verhältniſſen allgemein dahin gerichteten Willen durch ſeine Vor-

---

secus filiisfamilias acquiruntur, iura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt.

39) Nov. 118 c. 2 . . . nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem.

40) a) Nov. 117 c. 1. c. 8 pr. C. de bon. quae lib. (6. 61). — b) Nov. 118 c. 2. — c) c. 8 pr. § 1 C. eod. — d) Nov. 134 c. 11. — e) l. 50 D. ad S. C. Treb. (36. 1).

41) c. 6 C. de bon. quae lib. (6. 61). § 1. I. per quas person. (2. 9). . . Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquirat.

Die erſte Berückſichtigung, welche in dem auf dieſe Weiſe entſtandenen Inteſtaterbrecht des prätoriſchen Edicts die bloßen Cognaten des Erblaſſers finden, kann ſelbſtverſtändlich nur ſo erfolgen, daß dabei im Allgemeinen die civilen Erben noch den Vorrang behalten. Nur in der erſten Klaſſe unde liberi werden den sui die emancipati gleichgeſtellt, und in der zweiten Klaſſe unde legitimi, welche zuerſt nur die ſämmtlichen civilen Inteſtaterben umfaßt, werden ſpäter dem extraneus manumissor die zehn nächſten Cognaten des Erblaſſers vorgezogen. Im Uebrigen dagegen werden die cognatiſchen Verwandten erſt nach den civilen Erben in der dritten Klaſſe unde proximi cognati berufen und, weil die natürliche Verwandtſchaft in den entfernteren Graden ihre Kraft verliert, überhaupt nur usque ad sextum gradum cognationis, et ex septimo a sobrino sobrinaque nati nataeve. Die Ungleichheit, welche an und für ſich die Berufung der emancipati neben den sui mit ſich bringt, da jene ſeit der Emancipation Alles für ſich, dieſe aber Alles dem Vater erwerben, entfernt der Prätor durch das Inſtitut der Collation, und der Conflict, welcher zwiſchen dem ius civile und praetorium entſteht, wenn der suus einen emancipatus zum Ascendenten hat, findet ſeine Löſung in der clausula Juliani[61]). Die

61) Collat. XVI. 7. Suis praetor solet emancipatos liberos ... conjungere data bonorum possessione, sic tamen, ut bona, si quae propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferant: nam aequissimum putabit, neque eos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus. l. 1 pr. D. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8). Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, . . . bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam,

Rechte der Gentilen, welche bisher die ſucceſſive Delation vom nächſten an den entfernteren Agnaten hinderten, treten in den Hintergrund und hören ſchließlich ganz auf[62]). Der Prätor konnte demnach auch für die Agnaten, ebenſo wie für die Cognaten, eine successio graduum anordnen und that dies auch wirklich, wie wenigſtens ein Theil der römiſchen Juriſten annahm, ſo daß jetzt durchweg eine successio ordinum et graduum Platz griff[63]). Während der Prätor ſo die natürliche Familie des Erblaſſers zur Anerkennung bringt, nimmt er zugleich auch jeden der Ehegatten in die Familie des andern auf, indem er ihnen, abgeſehen von den Klaſſen, die ſich hier beim Tode eines libertus noch vorweg einſchieben, an vierter und letzter Stelle durch die bonorum

---

reliquam liberi eius, hisque duntaxat bona sua conferat. § 1. Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiiciantur patri suo. Collat. XVI. 6. Post suos ab intestato legitimi admittuntur, primum consanguinei. 9. Quodsi is, qui decessit, liber fuit ex remancipatione manumissus, lex quidem XII tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit; sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei praetulit has, patrem, matrem, filium, filiam, avum, aviam, nepotem, neptem, fratrem, sororem, ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret. 8. Post consanguineos praetor vocat cognates. § 5 I. de succ. cogn. (3. 5) . . . agnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege XII tabularum quaeramus, sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur; proximitatis vero nomine his solis praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nati nataeve . . . Gaius III. 26 sqq. Ulpian. fragm. XXVIII. 7. — § 3. I. de bon. poss. (39).

62) Gaius III. 17. . . admonuerimus, totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse. Collat. XVI. 4.

63) Gaius III. 28. Vgl. Note 56. Beſtritten iſt die successio graduum in der Klaſſe unde liberi. Vgl. v. Wangerow, Lehrb. der Pand. Bd. 2 § 407.

possessio unde vir et uxor ein gegenſeitiges Erbrecht giebt[64]). Auch die Frau in freier Ehe ſoll neben ihrem Erbrecht in der eigenen Familie noch ein ſolches gegen den Ehemann haben, ſofern nicht Blutsverwandte deſſelben ſie ausſchließen, und auch dieſer ſoll jene fortan unter gleicher Vorausſetzung beerben. Mit dieſen Veränderungen auf dem Gebiete des Erbrechts mußten demnächſt natürlich auch die anderweitigen Anſprüche, welche das Familienverhältniß giebt, eine entſprechende Umgeſtaltung erfahren: wenn die emancipati neben den sui ein Erbrecht haben, müſſen ſie neben ihnen auch auf Alimentation und Dotation einen Anſpruch erhalten[65]).

Durch die Gleichſtellung der sui und emancipati legte der Prätor den erſten Grund zu einem Erbrecht der natürlichen Deſcendenz. Zwar ſind die Deſcendenten noch nicht als ſolche berechtigt, da ihr Erbrecht immer noch davon abhängig iſt, daß ſie in der Gewalt des Erblaſſers *geweſen ſind* und daß ſie ſich bei ſeinem Tode nicht in einer andern Gewalt befinden[66]), allein, wenn auch um deswillen das prätoriſche Edict durchaus noch an dem Familienbande der Poteſtas feſthält, ſo iſt doch ſchon die gegenwärtige Exiſtenz der Gewalt nicht mehr entſcheidend, und es bleibt daher nur der jetzt noch beſtehende Einfluß ihrer früheren Exiſtenz und einer etwa an ihre Stelle getretenen anderweitigen Poteſtas zu beſeitigen, um zu einem Erbrecht der

64) Collat. XVI. 8. . . Post cognatos (praetor vocat) virum et uxorem. Et hoc, si qui decessit, non fuit libertinus, vel stirpis libertinae. Ueber die prätoriſche Inteſtaterbfolge beim Tode eines Freigelaſſenen vgl. Collat. XVI. 9. Ulp. fragm. XXVIII. 7.

65) l. 5 § 1 D. de agn. et alend. lib. (25. 3). c. 7 C. de dot. prom. (5. 11).

66) Gaius II. 106. 137.

Descendenten als solcher zu gelangen, und auch dies nur bei der Beerbung des Vaters. Bei der Mutter, die keine Art von Gewalt hat, war nur ihr Verhältniß zu den Kindern als ein eigenthümliches, vom sonstigen Cognationsverhältniß verschiedenes anzuerkennen, um diese, wenn der ursprüngliche Grund für den Vorzug der Agnaten weggefallen war, an erster Stelle zur Erbfolge zu berufen. Hier tritt denn auch zuerst ein Erbrecht der Descendenz als solcher ein. Nach ius civile beerbten die Kinder ihre Mutter überhaupt nur, wenn sie in strenger Ehe erzeugt und deshalb agnatisch mit ihr verwandt waren[67]), und das ius praetorium deferirte ihnen, wenn die Mutter in freier Ehe gelebt, oder außerehelich geboren hatte, abgesehen von dem Fall der bonorum possessio unde decem personae, die Erbschaft erst in der dritten Klasse unde cognati. Dies änderte zuerst das S. C. Orphitianum. Nach ihm werden die Kinder beim Tode ihrer Mutter nicht mehr unter den Cognaten berufen, sondern bilden fortan der Sache nach eine besondere, den Agnaten vorgehende, also erste Klasse für sich[68]). Später nahmen kaiserliche Constitutionen neben den Kindern ersten Grades, auf welche sich das Senatusconsult noch beschränkte, in diese Klasse nicht blos die entferntere Descendenz der Mutter

67) Gaius III. 24. . . nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeter quam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.

68) Im prätorischen Edict zählen sie, da die Mutter keine liberi haben kann, zu den heredes legitimi. l. 2 § 4 D. unde legit. (38. 7). Ulpian. fragm. XXVI. 7. Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis. pr. § 1. I. de S. C. Orphit. (3. 4).

auf, sondern gaben den Enkeln dasselbe Erbrecht, wie gegen die mütterliche, auch gegen die väterliche Großmutter und gegen den mütterlichen Großvater, und stellten somit eine Erbfolgeordnung her, in welcher die cognatischen Descendenten neben den sui und emancipati als die ersten Erben erscheinen[69]). Es wurden demnach jetzt, wenn eine Frau starb, an erster Stelle deren Söhne und Töchter (ex S. C. Orphitiano), sowie deren Enkel von verstorbenen Söhnen oder Töchtern (ex constitutionibus principum) zur Erbfolge berufen, wenn aber der Verstorbene ein Mann war, neben seinen liberi (ex edict. praet.) auch die Enkel von Töchtern (ex const. princip.). In die Classe unde proximi cognati blieben also auch im letzten Fall nur noch solche Descendenten verwiesen, welche sich beim Tode des Erblassers in einer Adoptivfamilie befanden[70]). Bei der gleichen Stellung, welche jetzt die Kinder im Erbrecht Vater und Mutter gegenüber einnahmen, erhielten sie alsbald auch gegen die Mutter einen Anspruch auf Alimentation und im Nothfall auch auf Dotation, jedoch naturgemäß so, daß überall der Vater und die väterlichen Ascendenten die zunächst Verpflichteten bleiben[71]).

Mit dieser Umgestaltung des Erbrechts der Kinder war der Einfluß der früheren Potestas des Erblassers geschwunden: denn Descendenten, die sich niemals in derselben befunden hatten, den liberi gleich zu behandeln, nahm man jetzt keinen Anstand mehr. Allein Descendenten, die in die Potestas eines Andern übergetreten und dadurch dessen liberi geworden

69) c. 4 C. Th. de legit. hered. (5. 1). c. 9 C. de suis et legit. lib. (6. 55). § 15, 16. I. de hered. quae ab int. def. (3. 1).

70) Gaius III. 31.

71) l. 5 § 4 D. de agn. et alend. lib. (25. 3). c. 14 C. de iure dot. (5. 12).

waren, vermochte man gegenwärtig ihrem leiblichen Vater gegenüber noch nicht anders als gewöhnliche Cognaten zu betrachten. Dieſe Anſchauung, welche die Entſtehung eines reinen Erbrechts der Deſcendenz allein noch hinderte, erhielt ſich bis auf Juſtinian. Er ſelbſt weiß von vornherein den Conſequenzen derſelben nur mittelſt des von ihm eingeführten Unterſchiedes der adoptio plena und minus plena in der Weiſe zu begegnen, daß er dem Adoptivvater, falls dieſer nicht ein väterlicher oder mütterlicher Ascendent iſt, die Poteſtas über den Adoptirten verſagt. Oder mit andern Worten, er hindert den Einfluß der neuen Poteſtas dadurch, daß er ſie, wo das Kind damit einer fremden Familie zugeführt würde, überhaupt nicht eintreten läßt. Dieſem Verfahren liegt aber bereits der Gedanke zu Grunde, daß das Eltern- und Kindesverhältniß ſeinem Weſen nach ein natürliches Band iſt, und daß es als ſolches durch ein rein juriſtiſches nicht aufgelöſt und erſetzt werden kann[72]). Mit

72) § 2 I. de adopt. (1. 11). Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt; si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate huiusmodi patris adoptivi sit. c. 10 pr. C. de adopt. (8. 48). . . sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Quum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri, et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari..?

dieſem Gedanken läßt ſich der prätoriſche Begriff der liberi, der das Kindesverhältniß auf die Poteſtas zurückführt, überhaupt nicht mehr vereinigen. Es konnte daher nicht fehlen, daß man ihn, nachdem er faſt überall bereits unterdrückt war, wo er das natürliche Kindesverhältniß beeinträchtigt hätte, ſchließlich ganz fallen und durchweg dieſes, alſo den Begriff der Deſcendenz, wie es in der Novelle 118 geſchieht, an ſeine Stelle treten ließ [73]). Nach den Reformen Juſtinian's hinſichtlich der Adoption gab es ſchon in der That blos Einen Fall noch, wo den Deſcendenten des Erblaſſers bei der Erbfolge andere Perſonen vorgingen: während der von einem väterlichen Aſcendenten Adoptirte, weil er in der Familie ſeines Vaters blieb, dieſen ſchon nach Pandectenrecht nach wie vor in der Klaſſe unde liberi beerbte [74]), ſuccedirte der einem mütterlichen Aſcendenten in Adoption Gegebene ſeinem leiblichen Vater erſt in der Klaſſe unde proximi cognati. Die Novelle 118 beruft auch ihn als cognatiſchen Deſcendenten an erſter Stelle, und es bleibt daher die adoptio minus plena, die den Adoptirten begünſtigen ſollte, fortan nur noch zum Beſten der Adoptivfamilie ſtehen. Während plene adoptati und arrogati in dieſer alle ihre Agnaten als ficti cognati beerben, ſteht dem minus plene adoptatus nur gegen ſeinen Adoptivvater ein Erbrecht zu. Aus dem Nachtheil, welcher ſo für den Adoptirten ſelbſt durch die adoptio minus plena entſteht, erwächſt indeſſen ſeiner natürlichen Familie der Vortheil, daß bei ſeinem Tode die Adoptivfamilie mit ihr überhaupt nicht concurrirt.

In der auf dieſe Weiſe entſtandenen erſten Inteſtatklaſſe

73) Nov. 118 c. 1.
74) l. 3 § 7, 8. l. 21 § 1 D. de b. p. c. t. (37. 4).

der Descendenten kann bei der den Hauskindern nach Justinianeischem Rechte zukommenden Vermögensfähigkeit die Emancipation natürlich eine Collationspflicht nicht mehr begründen. Eine Ungleichheit, wie sie jene ursprünglich hervorrief, entsteht jetzt nur noch, wenn unter den berufenen Descendenten einzelne von den Eltern schon bei Lebzeiten mit Vermögenszuwendungen bedacht sind. Was sie dadurch vor den übrigen voraus haben, bildet deshalb auch allein noch den Gegenstand der Collation, und der diesem Institut nunmehr zu Grunde liegende Gedanke ist demnach kein anderer, als daß Eltern, wenn sie alle ihre Kinder mit gleicher Liebe umfassen, dieselben auch in Ermangelung besonderer Anordnung auf ihren Todesfall haben gleichmäßig bedenken wollen [75]).

In der gleichen Liebe des Erblassers zu seinen Descendenten hat auch die Erbfolgeordnung derselben ihren Grund. Die Liebe bestimmt sich hier nicht durch die Nähe des Grades; es muß daher das Repräsentationsprincip für die Succession der Descendenten als das naturgemäße erscheinen. Schon nach ius civile succedirt der suus des entferntesten neben dem suus des nächsten Grades und die Erbtheilung erfolgt in stirpes; und ebenso schließt auch bei den iure praetorio berufenen liberi der nähere Grad nur den entfernteren von ihm abstammenden, nicht auch den entfernteren von ihm nicht abstammenden aus [76]). Die Novelle 118 adoptirte diese prätorische Successionsordnung und die mit

75) c. 17. 20. C. de collat. (6. 20). Nov. 18 c. 6.

76) Gaius III. 7. 8. Et quia placebat, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditates dividi . . . III. 26. nam liberos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes . . . concurrant.

ihr verbundene Erbtheilung nach Stämmen für die Descendenten überhaupt[77]); nur die clausula Juliani mußte bei ihnen selbstverständlich ihre Bedeutung verlieren.

Neben den Descendenten läßt eine Bestimmung Justinians auch die Wittwe des Erblassers am Nachlaß participiren, sofern sie bei mangelnder dos oder donatio propter nuptias als arm, und deshalb durch ihre Hülfsbedürftigkeit nach dem Tode des Mannes dazu berechtigt erscheinen muß[78]). So lange die Manus üblich, und die prätorische Erbfolgeordnung noch maßgebend war, gewährte die Eingehung einer strengen Ehe ein Mittel, für die unvermögende Frau auf den Todesfall ihres Mannes Sorge zu tragen, da sie als uxor in manu zu den sui desselben zählte. Als sich aber die politischen Verhältnisse änderten, in denen die Manus ihren Grund hatte, und diese deshalb außer Gebrauch kam, da war für die Frau ein Intestaterbrecht überhaupt nur noch an letzter Stelle in der Klasse unde vir et uxor möglich. Bei einer wohlhabenden Frau ließ es sich rechtfertigen, wenn sie die Succession der Kinder und sonstigen Verwandten des Mannes nicht verkürzte, sondern erst nach diesen berufen werden sollte. Ein Bedürfniß war hier nicht zu befriedigen, und dem sittlichen Anspruch, daß die Frau nicht als außerhalb der Familie des Mannes stehend erscheine, ward auch durch diesen ihr im Erbrecht angewiesenen letzten

77) Nov. 118 c. 1. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus ... — descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

78) Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5.

Platz genügt. Wenn es sich dagegen um eine arme Frau handelte, die beim Tode ihres Mannes den Lebensunterhalt verlor, so konnte ihr dafür jenes entfernte Erbfolgerecht natürlich keinen Ersatz gewähren, und es mußte ihr daher, als sich ein näheres Erbrecht auch durch die Manus nicht mehr herstellen ließ, auf andere Weise eine Fürsorge zu Theil werden. Daß man dies Bedürfniß fühlte, beweist, abgesehen von dem durch Theodosius wieder niedergeschlagenen Versuch, die Ehegatten bei der Erbfolge zu den Verwandten zu stellen[79]), das nunmehr entstehende Institut der donatio ante oder propter nuptias, welche der Mann der Frau macht, um nach der Ehe ihr und ihren Kindern, oder auch ihr allein den Unterhalt zu sichern, und die er ihr sogar, wenn sie eine Dos eingebracht hat, als *ἀντίφερνα* in gleichem Betrage wie jene machen muß[80]). Wenn die Frau der Mitgift entbehrte, ließ sich aber ein rechtlicher Anspruch auf jene Donatio nicht begründen, und wenn sie in Folge dessen unterblieb, so fehlte der Wittwe Hülfe und Schutz gerade in dem dringendsten Falle. Deshalb stellte Justinian sie unter solchen Umständen selbst neben die nächsten Verwandten des Mannes[81]): wo sie mit vier oder mehr

79) c. 9 C. Th. de legit. hered. (5. 1).

80) § 3 I. de don. (2. 7). c. 20 C. de don. ante nupt. (5. 3). Nov. 2 c. 5.

81) Nov. 53 c. 6. pr. Quoniam vero ad clementiam omnis a nobis lex aptata est, videmus autem quosdam cohaerentes mulieribus indotatis, deinde morientes, et filios quidem ex lege vocatos ad paternam hereditatem, mulieres autem, licet decies millies in statu legitimae coniugis manserint, attamen eo, quod non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio, nihil habere valentes, sed in novissima viventes inopia, propterea sancimus, providentiam fieri etiam harum, et in successione morientis et huiusmodi uxorem cum filiis vocari. § 2. Haec itaque dicimus si ... inops ... mulier inveniatur ... Nam si aliunde forsan habeat ... non erit iustum gravare filios per successionem.

Descendenten concurrirt, soll sie einen Kopftheil, wo sie dagegen mit drei oder weniger Descendenten, oder aber mit andern Verwandten zusammentrifft, soll sie eine Quart der reinen Activa des Ehemannes erhalten, neben eigenen Kindern zum Nießbrauch, außerdem aber zum Eigenthum. Es erhielt damit die arme Wittwe einen formell gleichen Anspruch, wie ihn der ohne causae cognitio emancipirte arrogatus impubes bei der Quarta Divi Pii, der Vater bei dem sog. nachträglichen praemium emancipationis, und die Concubine mit ihren Kindern bei dem ihnen von Justinian gewährten sechsten Theil der Activa des väterlichen Nachlasses hatten [82]). Denn wie bei diesen Personen, handelt es sich auch bei ihr um eine mortis causa capio, welche die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses hat. Erbin wird die Ehefrau im Justinianeischen Recht nur in der hier an letzter Stelle stehen gebliebenen Klasse unde vir et uxor, neben Verwandten des Ehemannes ist sie stets nur Vermächtnißnehmerin [83]). Zu einer Gleichstellung der Ehefrau mit den Verwandten ist es also auch unter Justinian selbst dann nicht gekommen, wenn sie neben denselben berufen wird. Es kann der auf sie fallende Antheil größer sein, als derjenige, welcher den einzelnen Verwandten zukommt, aber demungeachtet zeigt sich in der Form ihrer Berechtigung, daß sie an sich als diesen nachstehend betrachtet wird, daß es nicht ihre Familienstellung, sondern eben nur ihre Armuth ist, welche ihr neben denselben einen Platz giebt. Inzwischen ist sie doch

82) § 3 I. de adopt. (1. 11). c. 2 C. de adopt. (8. 48). — c. 6 § 3 C. de bon. qu. lib. (6. 61). c. 3 C. de bon. mat. (6. 60). — Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 12.

83) Vgl. meine Abhandl. zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses in v. Gerber's und Jhering's Jahrb. für Dogmat. Bd. 5 S. 219 Note 220.

um deswillen nicht etwa mit der Concubine und den Concubinenkindern auf eine Linie gestellt. Denn die Berechtigung dieser findet einerseits neben einer legitimen Ehefrau oder rechtmäßigen Kindern überhaupt nicht Statt, und vermag sich andererseits auch in Ermangelung aller Verwandten nicht bis zu einem Erbrecht zu steigern; sie schließt selbst den Fiscus nicht aus, und bleibt neben diesem nach Umfang und Form dieselbe [84]). Der Concubine und ihren Kindern ist demnach eine Stelle in der Familie des Erblassers überhaupt nicht eingeräumt, die rechtmäßige Ehefrau dagegen hat eine solche erhalten, aber wie vom Prätor, auch von Justinian nur die letzte. Die erste Stelle in der Familie nehmen im Justinianeischen Recht ausschließlich die Descendenten ein. Demgemäß haben ein Erbrecht auch nur sie in der ersten Intestatklasse, einer Frau gegenüber die ehelichen wie die unehelichen [85]), einem Mann gegenüber nur die ehelichen. Was neben den Descendenten andere Personen erhalten, das kommt ihnen nur aus Gründen der Billigkeit, nicht in ihrer Eigenschaft als Gliedern der Familie, und deshalb auch nicht in der Form des Erbrechts zu.

Da es ursprünglich im römischen Recht kein Erbrecht der Descendenten giebt, so giebt es natürlich ursprünglich auch kein Erbrecht der Ascendenten und Collateralen als solcher. Denn die Anerkennung der Ascendenz setzt nothwendig die der Descendenz, und die Ausscheidung der Collateralen diese wie jene voraus. Auf dem Wege des Ausnahmerechts arbeiten sich aber auch diese Erbrechte allmählich zur Anerkennung empor. Der Gang, den das Erbrecht der Ascendenten bis zur Novelle 118 genommen, ist bei der väterlichen und mütterlichen Ascendenz

84) Nov. 89 c. 12 § 4.
85) § 3 I. de S. C. Orphit. (3. 4).

ein verschiedener, und das Verhältniß der Collateralen zu ihnen gestaltet sich gleichfalls in der abweichendsten Weise je nach Beschaffenheit der einzelnen Fälle.

Nach civilem Recht gehört der Vater als solcher überhaupt nicht zur Familie, sondern nur der, welcher die Potestas über seine Kinder hat. Mit der Emancipation hört sein Familienverhältniß zu denselben auf, und an dessen Stelle tritt das Patronat, ein lediglich durch die Manumission begründetes Recht, das deshalb, wie dem Parens, auch einem Extraneus zustehen kann. Es giebt demnach, da die väterliche Gewalt die Kinder vermögensunfähig macht, und die emancipirten Kinder rechtlich keinen Vater mehr haben, für diesen als solchen nach ius civile kein Erbrecht. Nur das Patronat gewährt ihm dasselbe in der zweiten Klasse, wo jenes aber ein Extraneus hat, steht der Vater zu dem Nachlaß seiner Kinder in gar keinem Verhältniß[86]). Den emancipirten Sohn beerbt daher in diesem Fall nur sein suus oder der extraneus manumissor, die emancipirte Tochter blos dieser; ihre Familienglieder, auch die nächsten, sind als bloße Cognaten dazu unfähig. In höherem Maße wie hier konnte die Härte nicht zu Tage treten, welche die juristische Construction der Familie begleitete, und sich deshalb auch nirgends mehr das Bedürfniß einer umfassenden Abhülfe geltend machen, sobald das Gentilitätsverhältniß seine Bedeutung verlor. Daß der Vater als Manumissor die nächsten Blutsverwandten ausschloß, daran nahm man auch jetzt noch keinen Anstoß, aber daß jener und diese dem extraneus manumissor nachstanden, das entsprach der Rechtsansicht im Volke nicht mehr. Von dieser gedrängt,

86) § 6 I. quib. mod. ius pot. solv. (1. 12). Gaius I. 132 Gai. epit. I. 6. § 3.

zog daher der Prätor durch die bonorum possessio unde decem personae dem extraneus manumissor die zehn nächsten Cognaten vor, und ließ sie, wie andere Cognaten, unter sich nach der Gradesnähe succediren und die Erbschaft in capita theilen[87]). Damit erhielt auch der Vater als solcher ein Erbrecht. Er beerbt jetzt die emancipirte Tochter an erster, den emancipirten Sohn nach den liberi an zweiter Stelle, wenn nicht als Patron allein, als Vater zusammen mit der Mutter und den cognatischen Kindern; sind aber Vater und Mutter todt, und fehlt es auch an cognatischen Kindern, so treten an ihre Stelle die väterlichen und mütterlichen Großeltern und die cognatischen Enkel und Geschwister. In dieser durch die bonorum possessio unde decem personae für einen speciellen Erbfall vollzogenen Reform zeigt sich ein Anfang zu einem Erbrecht der Ascendenten. Freilich kann von einer Anerkennung derselben als solcher nicht die Rede sein, da ja auch Descendenten neben ihnen stehen, aber es haben doch wenigstens Vater und Mutter und die väterlichen und mütterlichen Großeltern lediglich in dieser Eigenschaft neben andern gleich nahen Blutsverwandten ihren Platz in einer der weitläufigen Klasse der Cognaten vorgehenden besondern Klasse erhalten, die demnächst in demselben Maße, in welchem sich die erste Klasse unde liberi zu einer Klasse der Descendenten gestaltet, zu einer zweiten Klasse dieser Ascendenten und der Geschwister werden muß. Durch das S. C. Orphitianum und die demselben nachfolgenden kaiserlichen Constitutionen wurden, wie oben schon erörtert ist, die cognatischen Descendenten, soweit sie sich nicht in einer Adoptivfamilie befanden, überall den liberi gleich gestellt. Die durch manumissio ab extraneo emancipirte Tochter wird

87) Vgl. Note 61. § 3 I. de bon. poss. (3. 9).

demnach jetzt zuvörderst von ihren Descendenten und erst nach diesen von Vater und Mutter beerbt, und bei dem so emancipirten Sohne gehen den Eltern nunmehr neben den liberi auch die cognatischen Enkel vor, so daß, nachdem durch Justinian auch die adoptio minus plena eingeführt war, aus der Zahl der Descendenten nur noch der von einem mütterlichen Ascendenten Adoptirte in der bonorum possessio unde decem personae seinen Platz behielt. Abgesehen von diesem einzigen Falle wurden beim Tode eines ab extraneo manumittirten Kindes in der ersten Klasse dessen Descendenten, in der zweiten Klasse Vater und Mutter, eventuell die väterlichen und mütterlichen Großeltern unter Concurrenz der Geschwister berufen. Es war demnach die Erbfolge selbst hier, wo kein juristisches Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Parens dieselbe beeinflußte, insofern immer noch unnatürlich genug, als über die Succession lediglich die Gradesnähe entschied, und daher die Geschwister von den Eltern ausgeschlossen wurden. Gerade umgekehrt und deshalb ebenso unnatürlich gestaltete sich die Sache bei einem a parente manumittirten Kinde: während hier ursprünglich den Descendenten ausschließlich der Vater als Manumissor folgte, erhielten im Lauf der Zeit die Geschwister vor ihm den Vorzug, nach ihnen aber succedirte wieder kraft seines Patronats allein der Vater, nicht neben ihm auch die Mutter[88]). Dieselbe Erbfolge trat dann mit der Vermögensfähigkeit der Hauskinder auch bei ihrem Tode ein. Wie bereits oben erwähnt ist, erhielten ihre Descendenten und nach diesen ihre Geschwister ein dem ius peculii des Vaters

88) c. 2 C. ad S. C. Tert. (6. 56). In successione filii vel filiae communis, sine liberis et fratribus vel sororibus morientis, pater manumissor, quia ei sit vetus ius servatum, matri praefertur.

vorgehendes Erbrecht, und das Peculienrecht wandelte sich schließlich in ein dem patronatischen gleichstehendes Intestaterbrecht um. Nur Eine Abweichung fand hier Statt: den bona adventicia gegenüber gingen vollbürtige Geschwister den halbbürtigen vor [89]).

Bei dem in der bonorum possessio unde decem personae vorausgesetzten Erbfall steht die Mutter dem Vater gleich, im Uebrigen aber war ihre Stellung eine von der seinigen durchaus verschiedene. Das a parente manumittirte Kind kann iure civili von der Mutter überhaupt nicht, iure praetorio aber erst in der Klasse unde cognati beerbt werden; es gehen ihr also die liberi und der parens manumissor, und nach späterem Recht, wie bereits erwähnt, zwischen beiden noch die Geschwister ihres Kindes vor. Dasselbe Erbrecht erhält sie demnächst auch gegen das in der Gewalt seines Vaters verstorbene Kind. Einem nicht emancipirten Kinde aber, das seinen Paterfamilias überlebte, succedirte sie, falls sie in strenger Ehe gelebt, nach civilem wie prätorischem Recht in der zweiten Klasse unter den Agnaten, als freie Ehefrau dagegen iure civili gar nicht, iure praetorio aber erst in der Klasse unde cognati [90]). Eine Zurücksetzung, wie sie hiernach die Mutter gegen den entferntesten Agnaten erfuhr, stand mit der späteren Rechtsanschauung nicht mehr im Einklang. Das S. C. Tertullianum benutzte deshalb das ius liberorum, um der Mutter, welche in freier Ehe gelebt, ein annähernd gleiches Erbrecht zu geben, wie es der in der Manus befindlich gewesenen Mutter zustand: es stellte auch jene unter die Agnaten, und zog ihr von diesen nur noch den frater consanguineus vor, mit den

89) Vgl. Note 36 bis 39.

90) Gaius III. 14. 24. 30. Ulpian. fragm. XXVI. § 6. 8.

sorores consanguineae erbt sie in der Art zusammen, daß diesen die eine, ihr die andere Hälfte der Erbschaft zufällt, die übrigen Agnaten schließt sie aus. Diese Neuerung beschränkte sich aber auf die Mutter, das Erbrecht der mütterlichen Ascendenten wurde durch das Senatusconsultum nicht verbessert, und ebensowenig erfuhr das Erbrecht des Vaters dadurch eine Beschränkung: wo dieser iure civili als parens manumissor, oder iure praetorio unter den Cognaten berufen ist, kann das S. C. Tertullianum nicht zur Anwendung kommen[91]).

Eine gleiche Stellung hatten Vater und Mutter hiernach auch jetzt noch blos in dem Erbfall der bonorum possessio unde decem personae und erhielten sie anderweitig auch überhaupt nicht früher als unter Justinian. Nachdem kaiserliche Constitutionen von Constantin und von Theodosius und Valentinian der Mutter auch in Ermangelung des ius liberorum ein Erbrecht unter den Agnaten eingeräumt hatten, welches in diesem Falle nur ein beschränkteres war[92]), hob Justinian die Abhängigkeit desselben vom ius liberorum ganz auf[93]) und bestimmte gleichzeitig, daß

91) Ulpian. fragm. XXVI. 8. Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quodsi soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas. Paulus R. S. IV. 9 § 9. Mater per fratrem excluditur, et in successionem frater cum sorore aequa sorte succedit. Quodsi frater defuerit, mater et filiae, quantae fuerint, aequales accipiunt portiones. pr. § 1—3 I. de S. C. Tertull. (3. 3).

92) c. 1. 7 C. Th. de leg. hered. (5. 1). §. 5 I. de S. C. Tertull. (3. 3).

93) c. 2 C. de iure liberor. (8. 59). § 4 I. de S. C. Tertull. (3. 3).

fortan weder der Bruder noch der Vater des verstorbenen Kindes die Mutter desselben ausschließen sollten. Wo die Mutter blos mit Schwestern ihres Kindes concurrirt, soll sie wie bisher die Hälfte der Erbschaft, wo blos mit Brüdern, oder mit Brüdern und Schwestern einen Virilltheil erhalten. Wo aber Jemand neben Mutter und Geschwistern auch noch den Vater hinterläßt, da sollen, falls er sui iuris verstarb, überhaupt nur die Geschwister zur Erbfolge berufen sein, Vater und Mutter dagegen zusammen an zwei Drittheilen des Nachlasses den Nießbrauch erwerben; falls er sich aber beim Tode noch in der Potestas des Vaters befand, soll dieser, so lange er lebt, unverkürzt den ihm bereits zustehenden Genuß des ganzen Vermögens behalten, die Erbfolge aber ausschließlich für die Mutter und die Geschwister und zwar in derselben Weise eintreten, wie wenn der Vater überhaupt nicht mehr lebte[94]).

Es steht also nunmehr überall die Mutter neben dem Vater. Aber ihre beiderseitige Berechtigung ist noch nach Verschiedenheit der Fälle verschieden. Gegen das ab extraneo manumittirte Kind haben sie beide Erbrecht. Ist dagegen die Manumission a parente erfolgt, so drückt das Patronat des Vaters das Recht der Mutter auf einen bloßen Nießbrauch herab, vermag aber auch ihm selbst neben der Mutter kein besseres Recht mehr zu geben. Und ist das Kind in väterlicher Gewalt verstorben, so kommt in Folge dieser für den Vater das bis zum Nießbrauch abgeschwächte Peculienrecht zur Geltung, die Mutter aber erhält als solche ein Erbrecht[95]).

94) c. 7 C. ad S. C. Tertull. (6. 56). § 5 I. eod. (3. 3). Ueber den Fall, wenn blos Vater und Mutter des Verstorbenen vorhanden sind, bestimmte die c. 7 cit. Nichts; es blieb daher beim alten Recht, nach welchem der Vater die Mutter ausschloß, c. 2 C. eod.

95) c. 7 § 1 C. ad S. C. Tertull. (6. 56).

Von diesen drei Fällen wurde indessen alsbald der erste dadurch beseitigt, daß Justinian die alten Emancipationsformen aufhob[96]). Seitdem ist der Vater stets der Patron, so daß von einem Erbrecht des extraneus manumissor und von der bonorum possessio unde decem personae nicht mehr die Rede sein kann. Die Geschwister, welche hier noch durch Vater und Mutter ausgeschlossen wurden, erben also jetzt stets neben denselben, und zwar gleichviel ob sie agnatisch oder blos cognatisch mit dem Erblasser verwandt sind. Schon Kaiser Anastasius berief die emancipirten Geschwister in gleicher Ordnung mit den nicht emancipirten, nur noch nicht zu gleichen Theilen[97]). Justinian hob diese Beschränkung auf, und gab auch den uterini die Rechte der Agnation[98]). Während so der Unterschied von agnatischen und cognatischen Geschwistern seine Bedeutung verliert, kommt der Gegensatz der Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit bei ihnen zur Geltung. Bisher hatte dieser nur in Einem Falle, bei der Erbfolge in die bona adventicia, Berücksichtigung gefunden[99]). Justinian stellte an diesen Fall anknüpfend in der Novelle 84 überall die Vollbürtigkeit als das Höherberechtigte der Halbbürtigkeit gegenüber, unter der Erwägung, daß die bloßen consanguinei und uterini nur eine einseitige Verwandtschaft bilden, das volle Recht der Verwandtschaft unter Geschwistern aber durch die Gemeinschaftlichkeit von Vater

96) c. 6 C. de emancip. liberor. (8. 49).

97) § 1 I. de succ. cogn. (3. 5). c. 4 C. de leg. tut. (5. 30). c. 5 C. de cur. fur. (5. 70).

98) c. 15 § 1. 2. C. de leg. hered. (6. 58). Auch soll nach Nov. 22 c. 47 die Mutter, wo sie mit Schwestern allein concurrirt, nicht mehr, wie bisher, die Hälfte der Erbschaft erhalten, sondern nur einen Kopftheil.

99) Vgl. Note 36.

und Mutter bedingt sei[100]). Die Kinder von vollbürtigen Geschwistern erhielten aber gegenwärtig noch keinen Vorzug vor den Kindern der halbbürtigen, sondern alle Geschwisterkinder werden neben einander berufen, nach Justinians Bestimmung, wie bei den Geschwistern, auch die cognatischen neben den agnatischen[101]). Abgesehen von Geschwistern und Geschwisterkindern behält aber die Agnation noch den Vorzug vor der Cognation.

Die Rangordnung in der zweiten Klasse ist also nunmehr diese: an erster Stelle stehen die Eltern und vollbürtigen Geschwister, ihnen folgen die Halbgeschwister, und diesen die sämmtlichen Geschwisterkinder unter Concurrenz der Agnaten dritten Grades, und zwar seit Justinian, der den alten Vorzug der Männer aufhob[102]), der weiblichen wie der männlichen; den Beschluß machen die entfernteren Agnaten nach der Nähe des Grades. Die dritte Klasse begreift dann die Erbfolge der Cognaten bis zum sechsten resp. siebenten Grade unter dem Vorzug des näheren vor dem entfernteren. Die Erbtheilung erfolgt in beiden Klassen überall nach Köpfen, und wie in der dritten, findet nach Justinians definitiver Bestimmung auch bei der Agnatenerbfolge in der zweiten Klasse successio graduum Statt[103]).

Dies ist der Entwicklungsgang, welchen das Erbrecht der Ascendenten und Collateralen bis zur Novelle 118 und 127 genommen hat. Aus dem Resultat desselben ergiebt sich

---

100) Nov. 84 c. 1 § 1. 2. . . Et sic in huiusmodi casibus, ubi tales quidam introducuntur ordines fratrum, lex habeat suam virtutem, et excludant duplici utentes iure eos, qui uno solo uti possunt.

101) c. 14 § 1. c. 15 § 3 C. de leg. hered. (6. 58).

102) c. 14 pr. C. eod. § 3 I. de leg. agn. succ. (3. 2).

103) § 7 I. de leg. agn. succ. (3. 2). Vgl. Note 63. . . .

daß sich zunächst auch noch unter Justinian das natürliche Familienverhältniß nur in den dringendsten Fällen die ihm im Erbrecht zukommende Stelle errungen hat, und daß selbst hier die in der alten juristischen Construction der Familie wurzelnden Rechte überall noch von Einfluß sind. Es sind zwar Vater und Mutter auf gleiche Höhe gebracht, aber über die Art ihrer Berechtigung entscheiden Patronat und väterliche Gewalt. Es sind ferner, wie es das Gesetz der Liebe fordert, die vollbürtigen Geschwister dem Vater und der Mutter, und unter jenen, wie unter den nachfolgenden halbbürtigen Geschwistern, auch die Cognaten den Agnaten gleich gestellt, aber es stehen einerseits die väterlichen und mütterlichen Ascendenten, und andererseits die Geschwisterkinder noch immer den Geschwistern nach, während doch den Ascendenten der entfernteste Descendent so theuer ist wie der nächste, und die Enkel für Vater und Mutter in den Großeltern ihren Ersatz finden, und während an die Stelle der verstorbenen Geschwister die Familienliebe die Kinder derselben setzt. Auch haben die Ascendenten nicht einmal unter sich einen gleichen Rang, sondern es gehen unter ihnen die Agnaten den Cognaten vor. Ebenso wird in gleichem Widerspruch mit dem natürlichen Familienverhältniß in der Seitenlinie über den Grad der Geschwisterkinder hinaus noch jeder Cognat durch den entferntesten Agnaten verdrängt. Und selbst an letzter Stelle succediren auch jetzt die Cognaten nicht in infinitum, sondern nach den sobrino sobrinave nati nataeve schließt der Fiscus die Familie aus.

Es waren hiernach, als Justinian durch die Novelle 118 zur Umgestaltung des Intestaterbrechts schritt, hinsichtlich der Erbfolge der Ascendenten und Collateralen weit umfassendere Reformen nöthig, wie hinsichtlich der Erbfolge der Descendenten, die, wie oben gezeigt ist, mit

einer einzigen Modification damals bereits überall die ersten Erben waren. Demungeachtet ist Justinian allen Anforderungen sofort durch die Novelle 118 gerecht geworden, bis auf eine: es blieb nämlich vollbürtigen Geschwisterkindern das Erbrecht neben Ascendenten nach diesem Gesetz noch versagt[104]), ein Mangel, der indessen alsbald gefühlt wurde und schon vier Jahre später in der Novelle 127 seine Abhülfe fand[105]). Den Ansprüchen des natürlichen Familienverhältnisses gemäß wurde nunmehr auf Grund jener beiden Gesetze, unter allgemeiner Aufhebung jedes Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten und Berufung der letzteren bis zum entferntesten Grade[106]), nach den Descendenten zuvörderst in der zweiten Klasse den sämmtlichen Ascendenten, den vollbürtigen Geschwistern und den Kindern von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern neben einander das Recht zur Erbfolge ertheilt. Patronat und väterliche Gewalt, deren bisherigen Wirkungen ihr Fundament bereits mit der vollen Vermögensfähigkeit der Hauskinder entzogen war, haben dem entsprechend ihren Einfluß verloren; wo sie bisher zu einem Nießbrauch für Vater oder Mutter führten, erhalten jetzt beide stets eine Erbportion zum Eigenthum. Von einem Nießbrauch ist nur noch dann die Rede, wenn die Descendenten eines Hauskindes den Eltern die Erbfolge entziehen, insofern hier dem Vater der bisherige Ususfructus an den bona adventicia verbleibt[107]). Unter den Ascendenten schließt der nähere Grad den entfernteren aus, und wo Ascendenten von beiden Linien für sich allein succediren, da theilen naturgemäß die eine Hälfte der Erbschaft, welche dem

104) Nov. 118 c. 3.
105) Nov. 127 c. 1.
106) Nov. 118 praef. c. 3 § 1. c. 4.
107) Nov. 118 c. 1.

Vater, wenn er noch lebte, zugefallen sein würde, die väterlichen, die andere, welche der Mutter gebührt hätte, die mütterlichen Ascendenten unter sich nach Köpfen. Wo aber vollbürtige Geschwister und Geschwisterkinder mit den Ascendenten concurriren, da erhalten diese und die Geschwister Virilportionen, die Geschwisterkinder dagegen nach dem auch bei ihnen natürlichen Repräsentationsprincip denjenigen Theil zu gleichen Quoten, welcher auf ihren Parens gefallen sein würde; und ebenso theilen Geschwister und Geschwisterkinder, wo nur sie mit einander zusammentreffen[108]). In der dritten Klasse folgen diesen Verwandten die Halbgeschwister und die Kinder von verstorbenen Halbgeschwistern, von denen jene ebenfalls Viriltheile, diese Stammtheile erhalten[109]). Alle übrigen Collateralen begreift die vierte Klasse; sie succediren ohne Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft, weil dieser in den entfernteren Graden seine Bedeutung verliert, lediglich nach der Gradesnähe, und ihre Erbtheile sind deshalb Kopftheile[110]). An diese vier Intestatklassen der Novelle 118 schließt sich endlich die aus dem prätorischen Recht erhaltene bonorum possessio unde vir et uxor.

Bei seinem Abschlusse beruht also das römische Intestaterbrecht auf den beiden natürlichen Grundlagen der Familie, auf der Abstammung und auf der Ehe. Von der alten juristischen Construction der Familie und ihren Consequenzen ist keine Spur in demselben zurückgeblieben. Abgesehen von dem Adoptivverhältniß, bei dem der Begriff der Agnation seine Bedeutung nothwendig behalten mußte, ist überall jetzt

108) Nov. 118 c. 2. 3 pr.
109) Nov. 118 c. 3 pr.
110) Nov. 118 c. 3 § 1.

das Erbrecht mit der Cognation verknüpft, und zwar in einer Abstufung, welche den natürlichen Graden der Innigkeit des Verwandtschaftsverhältnisses entspricht. Wenn daneben die Ehegatten unverändert ihre ursprüngliche Stelle im Erbrecht einnehmen, so beruht dies jetzt so wenig wie früher auf einer Verkennung der sittlichen Stellung der Ehegatten zu einander[111]). Im Gegentheil, gerade weil die Römer diese der Natur der Ehe gemäß auffassen, kommen sie zu dem Grundsatz, daß das eheliche Band sich nur in gegenseitiger Liebe gründen, und deshalb von äußeren Vortheilen, weder so lange es besteht, noch wenn der Tod es auflöst, begleitet sein darf. Aus diesem Grunde sind Schenkungen unter Ehegatten nichtig, und aus diesem Grunde giebt auch der Tod des einen Ehegatten dem andern nur eine entfernte Aussicht auf seinen Nachlaß. Wo die wahre eheliche Gesinnung unter beiden besteht, wird jeder den andern durch testamentarische Disposition den individuellen Verhältnissen entsprechend bedenken[112]), und wo dies nicht der Fall ist, wird jedem

111) Gegen diese Ansicht Schmidt's a. a. O. S. 328 vgl. auch v. Hahn a. a. O. S. 565.

111) Aus diesem Grunde wurde von Theodosius der schon oben Note 79 erwähnte Versuch, die Ehegatten bei der Erbfolge zu den Verwandten zu stellen, wieder beseitigt, c. 9 C. Th. de legit. heredit. (5. 1). Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges, vel etiam comparentur, cum, si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumtuosa est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat, quod interdum ita sensu leviore concipitur, ut antiqui nec, quod extraneis ac saepe ignotis in donationibus successionibusque tribuatur, coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam inci-

Anſpruch genügt, wenn das Geſetz der dürftigen Wittwe, welche ihren Erhalter verlor, aus dem Vermögen deſſelben, Unterſtützung und Hülfe gewährt. Wenn Juſtinian mit ihr urſprünglich den unvermögenden Wittwer auf eine Linie ſtellte, ſo war das eine dem Charakter des männlichen Geſchlechts unwürdige Beſtimmung, die deshalb ſpäter von ihm ſelbſt wieder aufgehoben wurde[113]).

Wo es einem Erblaſſer an allen Familiengliedern fehlt, da erweiſt ſich als ſeine nächſte Beziehung die zu dem Stande, oder der Corporation, oder dem collegialiſchen Verhältniß, in welchem er gelebt hat, und es erſcheint daher angemeſſen, wenn der Nachlaß denjenigen Perſonen zufällt, welche ein derartiges Band mit dem Verſtorbenen verknüpfte[114]). Es entſtand deshalb unter Conſtantin das Erbrecht der Curie und des Collegiums der naviculariі[115]), und von Conſtantius wurde das Erbrecht des Regiments, welches Hadrian ſchon den Legionen ertheilte, auch der Reiterei

---

tandum fervorem mutuum arbitrati. Verum lex alia, quam pridem tulimus, ut matrimoniis auxilium impartiret, deficientis hoc totum credidit arbitrio permittendum. Nunc vero parentibus exstantibus vel propinquis ab intestato venire coniuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas, et lege proposita divulgetur, omnem huiusmodi spem successionis, quae ab intestato defertur, coniugibus deponendam, nisi si ille casus emerserit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiacunque iura matrimonii praeponamus.

113) Nov. 53 c. 6 pr. — Nov. 117 c. 5. Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus. Vgl. Puchta, Vorl. §. 456.

114) Vgl. Gans a. a. O. S. 405 ff.

115) c. un. C. Th. de bon. decur. (5. 2). c. 4 C. de heredit. decur. (6. 62). c. 1 C. eod.

eingeräumt[116]). Ferner gab dieſer Kaiſer den Cohortalen[117]) ein Erbrecht, und Theodoſius und Valentinian gewährten es ſchließlich dem Collegium der fabricenses, ſowie den Kirchen und Klöſtern, wenn ihre Diener, beziehungsweiſe Mönche oder Nonnen ohne Verwandte verſtorben waren[118]). Hat der Verſtorbene auch in ſolchen engeren Beziehungen zur bürgerlichen Geſellſchaft nicht geſtanden, ſo macht ſich ſein Verhältniß zum Staate als dem parens omnium geltend, und es fallen demgemäß dem Fiscus die bona vacantia zu[119]).

III. Entwicklung des teſtamentariſchen Erbrechts.

Unter ähnlichen Windungen und Krümmungen wie das Inteſtaterbrecht hat auch die teſtamentariſche Erbfolge den Gang ihrer Entwicklung genommen.

Es forderte, wie wir geſehen, das in der Gentilverfaſſung begründete Intereſſe des Staats, daß der Teſtator ſeine Entſchließung, wie er auf den Todesfall ſein Haus beſtellen und geſtalten wollte, den Comitien unterbreiten und von ihnen zu einem Volksbeſchluß erheben laſſen mußte[120]). Die Bedeutung einer die Inteſtaterbfolge außer Anwendung ſetzenden lex, welche das Teſtament von vornherein auf dieſe Weiſe erhielt, hat es — darauf iſt gleichfalls bereits hingewieſen — ſelbſt im neuſten römiſchen Recht nicht verloren,

---

116) c. 2 C. eod. l. 4 § 17 D. de fideic. libert. (40. 5).

117) c. 3 C. de hered. decur. (6. 62).

118) c. 5 C. eod. — c. 20 C. de epiſc. et cleric. (1. 3). Vgl. Nov. 5 c. 5.

119) Tacit. Ann. III. 28. . . velut parens omnium populus vacantia teneret. — c. 4 C. de bon. vac. (10. 10).

120) Gegen die u. A. von Rubino, Unterſuch. über röm. Verfaſſungsgeſch. Bd. 1 S. 250, und neuerdings auch von Lange, Röm. Alterth. S. 136, aufgeſtellte Anſicht, die Function der Comitien habe ſich auf ein bloßes feierliches Zeugniß beſchränkt, vergleiche nament-

und Jahrhunderte lang hat es auch in ſeiner Errichtungsform, welchen Veränderungen dieſe auch unterworfen war, noch die Spuren ſeines urſprünglichen Weſens an ſich getragen. Im vollſten Maße zeigen ſich dieſe noch in dem mit ihrer erſten Reform entſtehenden Mancipationsteſtament. Als mit der ſchwindenden Bedeutung der Gentilität der Grund für die bisherige Theilnahme des Volks an den Teſtamentsgeſchäften wegfiel, lag es offenbar am Nächſten, dem nunmehr natürlichen Verlangen nach einer bequemeren Form dadurch zu entſprechen, daß man eine Vertretung der Comitien eintreten und vor dieſer denſelben Act vornehmen ließ, durch den bisher vor dem Volke ſelbſt die Anordnung des letzten Willens erfolgt war. Denn das Inconveniente des Comitienteſtaments beſtand vor Allem darin, daß bei ihm die Möglichkeit zu teſtiren nur zweimal im Jahre gegeben, bei plötzlich eintretender Todesgefahr alſo ausgeſchloſſen war [121]). Dem wurde völlig abgeholfen, wenn man dem Volke Volksvertreter ſubſtituirte, die der Teſtator in jedem Augenblick um ſich verſammeln konnte. Daß die Zeugen beim Mancipationsteſtament das Volk der Quiriten repräſentirten, wird noch aus der Zeit, wo es bereits ein ſchriftliches geworden war, durch den einen Beſtandtheil deſſelben, durch die nuncupatio oder testatio, direct bezeugt [122]), und

---

lich Gans a. a. O. S. 40 ff., Göttling, Geſch. der röm. Staatsverf. S. 121, und Ihering a. a. O. Bd. 1 S. 138. Siehe auch Danz, Der ſacrale Schutz S. 32 und Vering, Röm. Erbr. S. 132 ff.

121) Gaius II. 101. 102, quae comitiis bis in anno testamentis faciendis destinata erant. — qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat.

122) Gaius II. 104. . . . testator tabulas testamenti tenens ita dicit: Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor itaque vos Quirites testi-

daß vor ihnen, was ohnehin schon der Natur der Sache gemäß ist, der Testamentsact ursprünglich in derselben Weise vollzogen wurde, wie vor den Comitien selbst, läßt sich gleichfalls durch Quellenzeugnisse fast bis zur Gewißheit nachweisen. Wir dürfen nach diesen annehmen, daß auch das testamentum calatis comitiis aus zwei Theilen bestand: der detestatio sacrorum, welche mit den sacra auch das Vermögen des Testators, das sie belasten, auf den Erben übertrug, und den testamenta, die nichts Anderes als die letztwilligen Dispositionen des Erblassers zu Gunsten Anderer bezeichnen können [123]). Von diesen beiden Acten entspricht die detestatio sacrorum der mancipatio familiae pecuniaeque beim Testament per aes et libram, und die testamenta

---

monium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. Ulpian. fragm. XX. 9. ... quae nuncupatio et testatio vocatur.

123) Gellius, Noct. attic. XV c. 27. ... Iisdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret. ... pr. I. de test. ord. (2. 10). Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit. Vgl. Gellius VI. 12. Cicero, Orator. c. 42. An, quibus verbis sacrorum alienatio fiat, docere honestum est, ut est: quibus ipsa sacra retineri defendique possint, non honestum est? Die hier erwähnte alienatio sacrorum hält schon v. Savigny (Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 2 S. 402) für völlig gleichbedeutend mit der detestatio sacrorum. Vgl. Becker, Röm. Alterth. II. 1. S. 370, Rubino, Unters. über röm. Verfassungsgesch. S. 250, Lange, Röm. Alterth. S. 136. Nach Gans a. a. O. S. 52 ff. enthielt das Comitientestament eine Adoption des Erben, die nur das Eigenthümliche gehabt haben soll, daß der Adoptirende auf seine Gewalt über das Adoptivkind verzichtete. Ihm folgt Bering, Röm. Erbr. S. 127. A. M. ist Danz, Der sacrale Schutz, S. 90 ff.

ſind mit der nuncupatio oder testatio identiſch[124]), die, wie früher, auch jetzt vor testes rogati, uno actu und durch beſtimmte verba imperativa erfolgen muß[125]). Es erweiſt ſich demnach das Mancipationsteſtament als eine getreue Copie des alten Comitienteſtaments, die zuerſt neben das Original und ſchließlich an deſſen Stelle tritt[126]). Bei beiden erfolgt die Erbesernennung durch die Herſtellung eines familienmäßigen Verbandes zwiſchen dem Erben und dem Teſtator, und bei beiden wird dieſer dadurch bewirkt, daß die religiöſen Pflichten und Rechte, welche nach dem Tode des Teſtators Pflichten und Rechte ſeiner Familie ſind, und in denen ſich deshalb das Familienverhältniß zu demſelben manifeſtirt, auf den Teſtamentserben übertragen werden[127]). Durch die mancipatio familiae, die mit dem Fa-

124) Ulpian. fragm. XX. 9. In testamento quod per aes et libram fit duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamanti. Gaius II. 104 . . . qui facit testamentum . . . mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emtor utitur: Familiam pecuniamque tuam endo mandatelam, tutelam custodelamque meam esse aio eaque quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere, et ut quidam adiiciunt, aeneaque libra esto mihi empta . . . 103. olim familiae emtor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emtor adhibetur.

125) Gaius II. 115—117. Ulpian. fragm. XXI. — l. 21 § 2. 3. D. qui testam. fac. poss. (28. 1).

126) Gaius II. 102. 103.

127) Cicero, de legib. II. 19. De sacris autem . . . haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. c. 8 C. de relig. et sumt. fun. (3. 44). Ius familiarium sepulcrorum ad affines seu proximos cognatos non heredes constitutos minime pertinet.

milienbande das Anrecht auf das Vermögen giebt, und mit der ſich deshalb die mancipatio pecuniae verbindet, nimmt das Teſtament bei den Römern auch äußerlich den ihm als der letzten Aeußerung eines Sterbenden von Natur inne wohnenden religiöſen und heiligen Charakter an, der einerſeits ſeine ſtrenge Aufrechterhaltung fordert[128]), und andererſeits für den Teſtator die vollſte Freiheit der Dispoſition in Anſpruch nimmt[129]). Ohne dieſe Freiheit würde er des Troſtes beraubt ſein, beim Tode ſeine wichtigſten Intereſſen realiſirt und den zuverläſſigſten Händen anvertraut zu ſehen[130]), während doch das Teſtament ſeiner Natur nach nur eine aus unparteilichſter Prüfung hervorgegangene Willensentſchließung ſein kann, da ſeine Wirkungen erſt eintreten, wenn ſich mit ihnen kein eigener Vortheil des Teſtators mehr zu verbinden vermag, es alſo für ihn an jedem Impuls zu einem Mißbrauch jener Freiheit fehlt[131]). Das

128) Cicero, Philipp. II. c. 42. In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.

129) c. 1 C. de sacros. eccles. (1. 2). . . Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

130) Quinctilian. Declam. 308. Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus. Cicero, Tuscul. disput. I. c. 14 . . . omnibus curae sunt, et maximae quidem, quae post mortem futura sint. . . .

131) Seneca, de benefic. IV. c. 11. . . . Quid cum in ipso vitae fine constitimus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profutura dividimus? Quantum temporis consumitur, quamdiu secreto agitur, quantum et quibus demus? Quid enim interest, quibus demus, a nullo recepturi? Atqui nunquam diligentius damus, nunquam magis iudicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus solum ante oculos honestum stetit; tandiu

römiſche Recht gewährt demgemäß auch dem Teſtator urſprünglich eine völlig unbeſchränkte Teſtirfreiheit [132]), und als ſich dieſe nicht mehr aufrecht erhalten läßt, bewahrt es ihm wenigſtens bis zu ſeinem letzten Lebensmoment das Recht, überhaupt zu teſtiren und ein errichtetes Teſtament wieder aufzuheben [133]), durch die mit allen Verträgen verbundene Nichtigkeit, welche eine Entziehung oder Verkümmerung jenes Rechtes bezwecken: da ſolche Verträge den Teſtator hindern würden, ſelbſt die ſittlich berechtigtſten Geſinnungsveränderungen zur Geltung zu bringen, ſo ſind ſie unſittliche Geſchäfte, die keine Wirkſamkeit haben dürfen [134]).

So gerechtfertigt und der Natur des Teſtaments entſprechend nun aber auch die Teſtirfreiheit des alten römiſchen

---

officiorum mali iudices, quamdiu illa depravat spes ac metus, ac inertissimum vitium, voluptas, ubi mors interclusit omnia, et ad ferendam sententiam incorruptum iudicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus: nec quidquam cura sanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet. Vgl. Gans a. a. O. S. 148 ff.

132) l. 120 D. de V. S. (50. 16). Verbis legis XII tabularum his: uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium.

133) l. 4 D. de adim. vel transf. leg. (34. 4). . . . ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

134) c. 33 C. de transact. (2. 4). . . . nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur. c. 15 C. de pact. (2. 3). . . . neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. c. 5 C. de pact. conv. (5. 14). c. 4 C. de inut. stip. (8. 39). Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint. Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 2 S. 230.

Rechts an sich erscheinen muß, so würde doch ohne jede Schranke, bei der im einzelnen Falle immerhin möglichen Lieblosigkeit des Testators, die Familie seiner Willkür Preis gegeben sein. In der That fehlte es aber an einer solchen Schranke nicht. Bei dem Comitientestament fand sie sich in dem Zwange, den letzten Willen dem römischen Volke vorzulegen, der die Pflichtmäßigkeit desselben nach sich ziehen mußte, wenn der Testator sich nicht um die allgemeine Achtung und überdies um die Zustimmung der Comitien gebracht sehen wollte, und bei dem Mancipationstestament war sie gleichfalls durch seine ursprüngliche Mündlichkeit gegeben. Mit dieser verbindet sich für die Zeugen die Aufgabe, wie dies die Ausschließung des testimonium domesticum beweist[135]), die Verfügungen des Testators ihrer Prüfung zu unterziehen und ihn eventuell durch ihren Einfluß zu Anordnungen zu bestimmen, welche vor dem öffentlichen Urtheil sich als gerecht und billig erweisen mußten. Falls sie dies aber nicht zu erreichen vermochten, nöthigte sie das eigene Interesse, dem Testator ihr Zeugniß zu versagen, da ihre Mitwirkung bei einem ersichtlich pflichtwidrigen Testament sie der öffentlichen Mißachtung ausgesetzt haben würde.

Das mündliche Mancipationstestament gewährte also noch ebenso wie das Comitientestament lediglich durch seine Form der Familie des Testators den vollkommensten Schutz[136]).

---

135) Gaius II. 105.

136) Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 2 S. 163 Note 204. Gans a. a. O. S. 53. 72 ff. übersieht die Garantie, welche die mündliche Form der Testamentserrichtung gegen den Mißbrauch der Testirfreiheit gewährt, und erblickt deshalb in dem testamentarischen Erbrecht seit der Entstehung des Mancipationstestaments und dem darauf bezüglichen Satz der XII Tafeln uti legassit suae rei etc. das System der nackten Willkür, in welchem nur noch der Form nach

Bei beiden war dieser aber nothwendig dadurch bedingt, daß denen, welchen der letzte Wille vorgelegt wurde, die Familienverhältnisse des Testators bekannt waren. Da es in den Comitien niemals an Personen fehlte, welche diese Kenntniß hatten, und deshalb auch geeigneten Falls gegen die Dispositionen des Testators Widerspruch erhoben, so war hier in dieser Beziehung keine besondere Vorkehrung nöthig. Beim Mancipationstestament dagegen, wo ganz entfernt stehende Personen als Zeugen herangezogen werden konnten, mußte sich das Bedürfniß geltend machen, dem Testator die Möglichkeit, seine nächsten Familienglieder ohne Wissenschaft der Zeugen von der Erbfolge auszuschließen, dadurch zu entziehen, daß man ihn nöthigte, diese ihre Ausschließung, statt stillschweigend durch ihre Präterition, ausdrücklich vor den Zeugen zu erklären. Den sui gegenüber vermochte die römische Jurisprudenz eine solche Verpflichtung aus ihrem Verhältniß zum Vermögen des Paterfamilias herzuleiten, und hier wurde sie deshalb auch dem Testator auferlegt. Das für und durch die sui miterworbene Vermögen des Paterfamilias mußte als ein solches betrachtet werden, welches jenen im sittlichen Sinne schon bei dessen Lebzeiten gehörte, und demgemäß die Erbfolge der sui als eine bloße continuatio dominii erscheinen, mit der sich jetzt nur die libera administratio verband[137]); sollte sich dieser schon vor dem Tode des Vaters begründete Anspruch nach demselben nicht fortsetzen, so mußte er ausdrücklich aufgehoben werden. Auf

---

der familienmäßige Verband zwischen Erblasser und Erben existire, der das Wesen des Comitientestaments ausgemacht habe (Note 123): der Erbe des Mancipationstestaments sei seinem Testator bis zu dessen Tode eine völlig fremde Person geblieben. Es genügt der Hinweis auf die Indignität, um diese Ansicht zu widerlegen. —

137) l. 11 D. de lib. et post. hered. (28. 2). Vgl. Note 11.

Grund dieſer Argumentation entſtand für die sui das Inſtitut der Exheredation und mit ihm die erſte Schranke, welche der Teſtirfreiheit gezogen wurde. Aber dem Grundſatz des alten Rechts gemäß, welches den Schutz der Familie gegen das Teſtament lediglich in die Form deſſelben verlegt, iſt auch dieſe Schranke noch eine blos formelle. Die bisherigen Formalitäten des Teſtaments werden um eine neue durch die Vorſchrift vermehrt, daß der Teſtator ſeine sui nicht präteriren, ſondern entweder inſtituiren oder exheredіren ſoll. Mit dieſer Beſtimmung erhält das Teſtament zwar zugleich auch einen Inhalt, den es bisher nicht zu haben brauchte, allein da rechtlich die Inſtitution auf ein Minimum erfolgen kann, und die Exheredation an keine Bedingung geknüpft iſt, ſo handelt es ſich doch der Sache nach um nichts Anderes, als um ein weiteres formelles Requiſit[138]), welches den Einfluß der Zeugen auf den Teſtator ſicher ſtellen ſoll. Wo daſſelbe nicht beobachtet iſt, ſind die Folgen je nach den Umſtänden verſchieden. Bei der ungleichartigen Stellung und Bedeutung, welche die sui nach ihrem natürlichen Unterſchiede in der Familie haben, darf auch rechtlich bei ihnen die Präterition nicht überall gleich ſchwer ins Gewicht fallen. In Folge deſſen nimmt die Exheredation, die natürlich auch nur verbis imperativis erfolgen kann[139]), je nach Verſchiedenheit der sui verſchiedene Formen an[140]), um mit ihrer Verletzung jener Verſchiedenheit entſprechende Wirkungen zu verknüpfen. Der

138) Als eine bloße zu den übrigen hinzutretende Form des Teſtaments wird die Exheredation noch in den Inſtitutionen bezeichnet, pr. I. de exhered. liber. (2. 13).

139) Gaius II. 127. § 1 I. de exh. liber. (2. 13).

140) Nach Juſtinian durch den Einfluß der Centumvirn, c. 4 C. de liber. praet. vel exhered. (6. 28).

filius suus, als die höchſte Spitze der Kinder, muß nominatim enterbt werden; iſt ſein Name nicht genannt, ſo gelten auch die eingeſetzten Erben als nicht genannt, und das Teſtament iſt daher nichtig. Alle übrigen sui brauchen dagegen nur inter ceteros enterbt zu werden, und haben demgemäß auch, wenn ſie präterirt ſind, nur den Anſpruch inter ceteros zu erben; ſie ſtoßen das Teſtament nicht um, ſondern accresciren inſtituirten extraneis in dimidiam partem, den suis aber in partem virilem[141]).

So geſtalteten ſich die Verhältniſſe, ſo lange das Mancipationsteſtament mündlich vor den Zeugen errichtet wurde. Trotz der vielſeitigen Vortheile, welche dies öffentliche Teſtament gewährte, mußte es doch dem ſchriftlich errichteten heimlichen Teſtament[142]) den Vorrang einräumen, als ſich zeigte, daß das Bekanntwerden des letzten Willens dem Teſtator häufig den Haß und die Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuſchten Perſonen zuzog, und deshalb Mancher aus Furchtſamkeit lieber gar nicht teſtirte[143]). Dieſe

---

141) Gaius II. 123. 124. 130. 131. Ulpian. fragm. XXII. 20—22. Vgl. Gans a. a. O. S. 96.

142) In der Kaiſerzeit diente das ſchriftliche Teſtament oft als Mittel des Betrugs, indem man Perſonen, die man nicht offen zu verletzen wagte, oder deren Gunſt man ſich erwerben wollte, der geſchehenen Einſetzung verſicherte. Der Tod enthüllte erſt die Unwahrheit, ſo daß die Folgen den Erblaſſer nicht mehr treffen konnten. Valerius Maximus VII. c. 8 § 6. Vgl. Jhering a. a. O. Bd. 2 S. 13 ff.

143) Nov. Theod. II. lib. I. 16. § 1. Natura talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligent eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis, quae sentiunt, confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblatarumque iis tabularum perhibere testimonium postulabant. Sed . . . eo res processit, ut, dum sua quisque nonnunquam iudicia publicare formidat, dum

Reform afficirte ebensosehr die Gestalt des Mancipationstestaments, wie den bisher der Familie durch die Zeugen gewährten Schutz. Sie mußte daher auch nach diesen beiden Richtungen zu wesentlichen Umwandlungen und Neuerungen führen: eine successive vollständige Umbildung der Testamentsform, eine Steigerung der Exheredationsformalitäten und das durch die querela inofficiosi testamenti geschützte Pflichttheilsrecht waren die Wirkungen, welche im Lauf der Zeit die Einführung des schriftlichen Testaments nach sich zog.

Was zunächst die Testamentsform betrifft, so blieb von vornherein auch das schriftliche Testament ein Mancipationstestament. Die mancipatio familiae erfolgte auch jetzt noch, aber da der Erbe unbekannt bleiben sollte, nicht mehr an diesen, sondern in seiner Stelle an einen beliebigen römischen Bürger, der sich zu diesem Act hergeben wollte [144]); und ebenso fand auch noch eine nuncupatio Statt, aber, da sich der letzte Wille selbst in den tabulae begrub, nothwendig nur in Gestalt einer auf diese Bezug nehmenden Formel [145]). Eine imitatio veteris iuris, wie sie hiernach bei dem schriftlichen Testament Platz griff, war der einfachste Weg, den man zunächst einschlagen konnte und er wurde deshalb auch eingeschlagen, obwohl die alte Testamentsform mit dieser Uebertragung an Sinn und Bedeutung in dem Maße verlor, daß sie den Römern unmöglich noch zusagen konnte. Es war natürlich, wenn der Testator dem Gedanken, daß er den Erben in seine Familie aufnimmt, und ihm aus Liebe

---

testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori, quam suae mentis arcana periculose patiatur exprimere.

144) Gaius II. 103. Vgl. Note 124.

145) Gaius II. 104. Vgl. Note 122.

und Vertrauen in derſelben die erſte Stelle einräumt, ſo lange gern durch einen ſolennen Act Ausdruck gab, als dieſer mit dem Erben ſelbſt vorgenommen werden konnte; ſobald aber ſeine Vollziehung nur noch mit einer andern, dem Teſtator völlig gleichgültigen Perſon möglich war, mußte eine derartige Handlung nothwendig dem natürlichen Gefühl widerſtreben und daher der Wunſch entſtehen, von einer Verkörperung jenes Gedankens durch die mancipatio familiae ganz Abſtand zu nehmen. Ebenſo konnte auch der Gebrauch der Nuncupationsformel nur auf Widerſtand ſtoßen. Wie der familiae emtor, waren auch die Zeugen zu bloßen Statiſten herabgeſunken, da ſie jetzt den Teſtator bei der Errichtung des letzten Willens in keiner Weiſe mehr zu beeinfluſſen vermochten. Perſonen mit dieſer Function ließen ſich aber unmöglich als die Vertreter des Volks der Quiriten betrachten. Wenn ſie dennoch als ſolche bei dem Teſtamentsacte angeredet werden ſollten, ſo war dies eher geeignet, die Solennität deſſelben zu gefährden, als zu erhöhen. Der Wunſch, von der Anwendung der Nuncupationsformel befreit zu ſein, konnte daher gleichfalls nicht ausbleiben. Zugleich mußte ſich aber auch ein poſitiver Mangel in der Teſtamentsform fühlbar machen: für die ſichere Recognition der tabulae, welche jetzt die ſonſt in völlige Paſſivität verſetzten Zeugen nach dem Tode des Teſtators zu bewirken hatten, war durch ſie in keiner Weiſe geſorgt. Da ſich in dieſer Beziehung eine bleibende Bezeichnung der Zeugen an der ihnen vorgelegten Teſtamentsurkunde als das Zweckmäßigſte empfahl, ſo führte man in der signatio testium eine ſolche ein. In dieſer erblickte die öffentliche Meinung fortan die einzige für das Teſtament weſentliche und nothwendige Form. Zum Organ derſelben machte ſich auch hier wieder der Prätor, indem er in ſeinem Edict aus einem testamentum septem

testium signis signatum, bei dem weder mancipatio noch nuncupatio Statt gefunden hatte, den eingesetzten Erben eine bonorum possessio secundum tabulas verhieß. Einem civilen Intestaterben gegenüber mußte dieselbe allerdings zunächst sine re sein, da sie auf Grund eines iure civili nichtigen Testaments ertheilt wurde [146]), allein der Kaiser Antoninus Pius gab später den Testamentserben gegen die hereditatis petitio intestati eine exceptio doli, so daß nunmehr die b. p. stets cum re war [147]). Damit trat dann aber neben das civile Testament mit Mancipation und Nuncupation ein neues prätorisches mit der bloßen signatio testium, welches dieselbe Wirksamkeit wie jenes hatte [148]). Hervorgerufen durch die nicht mehr geeigneten Formen des Civiltestaments wirkte es, zu voller Anerkennung gelangt, auch auf dessen Gestalt zurück. Die signatio testium, welche kaiserliche Constitutionen noch durch die subscriptio testium et testatoris verstärkten, wurde auch auf das Civiltestament übertragen [149]), und die mancipatio familiae wurde auch bei ihm

146) Ulpian. fragm. XXIII. 6. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet iure civili ruptum vel irritum factum sit, praetor scriptis heredibus iuxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit; quam bonorum possessionem cum re, id est cum effectu, habent, si nemo alius iure heres sit. XXVIII. 6. Etiamsi iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur. Gaius II. 119. 147—150.

147) Gaius II. 120.

148) § 2 I. de testam. ord. (2. 10).

149) Sueton. Tiberius. c. 23. Nero c. 4. — § 3 I. de testam. ord. (2. 10). Vgl. v. Savigny, Beitrag zur Geschichte der röm. Testamente in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 1 S. 84. Gans a. a. O. S. 134.

außer Anwendung gesetzt [150]), so daß nunmehr nach civilem wie nach prätorischem Recht die Testamentserrichtung nicht mehr als ein mit dem Erben abzuschließendes Geschäft, sondern in jeder Beziehung nur als einseitiger Act des Erblassers erscheinen konnte.

Es forderte also jetzt die civile Testamentsform die Nuncupation und fünf Zeugen, die prätorische aber ohne Nuncupation sieben Zeugen [151]). In der Nuncupation und in den verbis imperativis et solennibus begleiteten das Testament noch immer Formen, in denen sich dasselbe äußerlich als eine lex manifestirte. Da dies der jetzt lediglich noch auf Schutz gegen Fälschung gerichteten Function der Zeugen [152]) nicht mehr entsprach, vielmehr ihr gegenüber jene Formen als völlig leere und inhaltslose erscheinen mußten, so wollte man schließlich auch die Gültigkeit eines Testaments nicht weiter von ihrer Anwendung abhängig gemacht wissen. Es wurde deshalb das Requisit der verba imperativa et solennia für die Erbeinsetzungen aufgehoben [153]), und die Nuncupation dadurch beseitigt, daß man das civile Testament in dem prätorischen, welches ja der Sache nach

150) § 1 I. de test. ord. (2. 10) ... quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. Ueber die Zeit, wo die Mancipation aufhörte, vgl. v. Savigny a. a. O. S. 80 ff. und Gans, Scholien zum Gajus S. 284.

151) c. 1 C. Th. de testam. (4. 4) ... in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet. c. 3 C. Th. eod. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 82 ff.

152) c. 32 C. de fideic. (6. 42) ... Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.

153) c. 15 C. de testam. (6. 23). Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessarium observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis.

auch die Nuncupation enthielt, aufgehen ließ. Die nunmehr einzige Form des schriftlichen Testaments fordert also sieben fähige Zeugen, die als testes rogati siegeln und mit dem Testator unterschreiben müssen, und die Einheit dieser Handlungen[154]). Justinian fügte dem ursprünglich zum weiteren Schutz gegen Fälschung noch die Vorschrift hinzu, daß der Name des Erben in der Testamentsurkunde entweder vom Testator oder von den Zeugen niederzuschreiben sei, hob dieselbe aber durch die Novelle 119 wieder auf, weil sie den Schreibunkundigen nöthigte, seinen Willen den Zeugen zu offenbaren[155]).

Bei dem mündlichen Testament, das mit der Einführung des schriftlichen von vornherein ganz in den Hintergrund trat und erst später wieder in Gebrauch kam, nimmt im Justinianeischen Recht die Erklärung des letzten Willens die Stelle der Testamentsurkunde ein, und statt diese nach dem Tode des Testators zu recognosciren, haben die Zeugen seine Dispositionen selbst zu verlautbaren. Eine abgesonderte prätorische Form gab es für das mündliche Testament niemals; von vornherein per aes et libram errichtet, wurde die Mancipation, als sie beim schriftlichen Civiltestament außer Anwendung blieb, auch bei ihm weggelassen, ohne jedoch eine Verminderung der hinzuzuziehenden Personen im Gefolge

154) § 3 I. de testam. ordin. (2. 10) Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore (quod ius civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, et subscriptione testium (quod ex constitutionibus inventum est), et (ex edicto praetoris) signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. c. 21 pr. C. de testam. (6. 23).

155) §. 4 I. eod. c. 28. 29. C. eod. Nov. 119 c. 9.

zu haben. Da die Zeugen hier nicht zu siegeln und zu schreiben, also vor dem libripens und familiae emtor kein Geschäft voraus hatten, so wurden auch letztere als wahre Zeugen betrachtet [156]).

Das mündliche und schriftliche Testament in seinen bisher erörterten successiven Gestalten bildete die regelmäßige Testamentsform; sie blieb aber nicht die ausschließliche. Mit der veränderten Function der Zeugen entstand einerseits die Ansicht, daß der von ihnen gewährte Schutz durch eine Mitwirkung der Obrigkeit völlig ersetzt werden könne, andererseits erschien es zweckmäßig, diesen Schutz theils noch zu verstärken, wo gewisse Mängel in der Person des Testators dazu auffordern mußten, theils von ihm etwas zu opfern, wo andern Falls die Umstände die Möglichkeit einer gültigen Testamentserrichtung ausschließen konnten. Es entstanden deshalb noch zwei öffentliche Testamentsformen, das testamentum apud acta conditum und principi oblatum [157]), und das Privattestament erhielt für den Fall, daß der Testator ein Blinder oder ein des Schreibens Unfähiger war, eine erweiterte [158]), dagegen bei dem testamentum ruri und tempore pestis conditum, so wie, seines Inhalts wegen, auch beim testamentum parentum inter liberos eine privilegirte Form [159]).

Obwohl hiernach schließlich alle Handlungen der Zeugen, welche den Act der Testamentserrichtung umgeben, nur auf

156) Nov. Theod. II. lib. I. 16 § 6. Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes... audierint. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 94.

157) c. 19 C. de testam. (6. 23).

158) c. 8 C. qui testam. fac. poss. (6. 22). c. 21 pr. § 1 C. de testam. (6. 23).

159) c. 8. 31 C. de testam. (6. 23). c. 21 § 3 C. eod. Nov. 107 c. 1.

den praktiſchen Zweck gerichtet ſind, die Identität und Integrität des letzten Willens zu ſichern, ſo tragen ſie demungeachtet doch, ebenſo wie das Requiſit der Rogation und der unitas actus, den Charakter von Solennitäten an ſich, da ſie weit über das hinausgehen, was zum bloßen juriſtiſchen Beweiſe nöthig ſein würde. Die Gewißheit des letzten Willens ſoll nicht blos überhaupt, ſondern ſie ſoll in feierlicher Weiſe hergeſtellt werden, und demgemäß über ſeine rechtliche Exiſtenz die Beobachtung der Solennitäten, nicht ſeine anderweitige Gewißheit entſcheiden. Mit dieſem Grundſatz hat auch das neueſte römiſche Recht noch die dem Teſtament innewohnende ſolenne Natur in ſeiner Form vollkommen gewahrt. Eine Ausnahme von demſelben tritt nur beim Teſtament des Soldaten ein, der auch hier wieder über dem Geſetz ſteht: zur Form ſeines letzten Willens gehört nicht mehr, als was zum Beweiſe deſſelben erforderlich iſt. Daher kann er mündlich vor zwei, ſchriftlich ohne Zeugen teſtiren. Dieſes Vorrecht greift urſprünglich für die ganze Zeit des Soldatenſtandes Platz und hört ſelbſt mit dem Abſchied nicht auf, ſondern giebt dem Teſtament bei ehrenvoller Entlaſſung noch auf ein Jahr nach derſelben Gültigkeit [160]). Später tritt es nur noch für den im Felde ſtehenden Soldaten ein; es iſt nicht mehr mit dem Stande, ſondern mit dem Dienſte des Soldaten verbunden, ein Grundſatz, der ſeine Anwendung auch auf ſolche Perſonen rechtfertigt, die in ihrem Beruf die Gefahr des Soldaten theilen [161]).

Der feierlichen Form des Teſtaments entſprechen die auf ſeinen Inhalt bezüglichen Vorſchriften. Jene gründet ſich in

160) Ulpian. fragm. XXIII. 10. l. 1 pr. l. 40 pr. D. de testam. milit. (29. 1). c. 15 C. de testam. milit. (6. 21).

161) c. 17 C. de testam. milit. (6. 21). l. 44 D. eod. (29. 1). l. un. D. de b. p. ex test. milit. (37. 13).

der ernſten und heiligen Beſtimmung des Teſtaments, dem Menſchen zur Wahrung ſeiner theuerſten Intereſſen für eine Zeit zu dienen, wo ſie lediglich noch die Fürſorge für Andere zum Gegenſtande haben können. Die Form will deshalb durch den Inhalt des Teſtaments gerechtfertigt ſein. Es dürfen daher die Verfügungen des Teſtators weder ſeinen Indifferentismus bekunden, noch Ausfluß des Eigennutzes oder der Unfreiheit ſein: ſie dürfen nicht geradezu in die Willkür eines Andern geſtellt werden[162]), keine captatoriſchen Honorirungen umfaſſen[163]), und ſo wenig durch falſche Vorausſetzungen (error), wie durch unſittliche Einflüſſe (metus, dolus) veranlaßt ſein[164]); ſelbſt der äußere Schein ſolcher Einflüſſe ſoll, wie das S. C. Libonianum zeigt, vermieden werden[165]). Dieſe Regeln gelten gleichmäßig für alle letztwilligen Dispoſitionen, die ſich bei den nur auf mannigfaltigen Wegen zu erreichenden Zwecken des Teſtaments nicht auf die heredis institutio und exheredatio beſchränken, ſondern noch andere Geſtalten müſſen annehmen können.

---

162) l. 32 pr. D. de heredib. inst. (28. 5). Illa institutio: Quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. l. 68 D. eod.

163) l. 70 D. eod. Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. l. 71 D. eod. — Urſprünglich waren auch poenae nomine relicta ungültig, weil der Erblaſſer bei ihrer Anordnung nicht durch Wohlwollen gegen den Honorirten beſtimmt wurde, Ulpian. fragm. XXIV. 17. — § 36 I. de leg. (2. 20).

164) l. 27 § 4. l. 28 D. de inoff. test. (5. 2). l. 92 D. de hered. inst. (28. 5). — l. 1. 2 D. si quis aliq. test. proh. vel coeg. (29. 6). c. 1. 2 C. eod. (6. 34).

165) l. 6 pr. D. de leg. Corn. (48. 10).

. Schon in der Sphäre der Erbeinſetzungen würde eine ſehr fühlbare Lücke entſtehen, wenn der Teſtator ſich nur den Erben ernennen, aber für den Fall, daß dieſer etwa ſeiner Berufung nicht Folge zu leiſten vermöchte oder nicht Folge leiſten wollte, an ſeiner Stelle keinem Andern die Erbſchaft zuwenden könnte. Und ein ebenſo großer Mangel würde es ſein, wenn es nicht möglich wäre, Perſonen blos mit einzelnen Vermögensſtücken, und zwar gleichfalls in verſchiedenen Graden, zu bedenken, ſowie den Genuß dieſer oder den Genuß einer Erbportion für den Bedachten auf eine beſtimmte Zeit zu beſchränken und hierauf einem Andern zu Theil werden zu laſſen. Das römiſche Recht hat alle dieſe Anforderungen erkannt: die Vermächtniſſe und die bei dieſen wie bei Erbesernennungen gleich möglichen Vulgarſubſtitutionen und fideicommiſſariſchen Subſtitutionen haben die Beſtimmung, dieſelben zu realiſiren.

Wie die natürliche Familie aus näheren und entfernteren Gliedern beſteht, und bei der Inteſtaterbfolge, wenn jene wegfallen, die Erbſchaft an dieſe gelangt, ſo kann ſich der Teſtator durch das Teſtament mittelſt der Vulgarſubſtitutionen einen gleichen Familienkreis auch künſtlich geſtalten und nach denen, welche darin die erſte Stelle einnehmen, diejenigen zur Erbſchaft berufen, welche ihm jetzt die Nächſtſtehenden ſind, ſo daß, wenn der Inſtituirte nicht antreten kann oder will, der Subſtitut an ſeine Stelle tritt, während dieſer ausgeſchloſſen wird, wenn jener die Erbſchaft erwirbt[166]). Die beiden Vorausſetzungen, an welche hiernach

166) Gaius II. 174. Interdum duos pluresve gradus heredum facimus hoc modo: Lucius Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis quibus scies poterisque; quodni ita creveris exheres esto. Tum Mevius heres esto cernitoque in diebus centum et reliqua; et deinceps in

die Vulgarſubſtitution geknüpft iſt, eine voraufgehende Inſtitution und die Unwirkſamkeit dieſer, erweiſen ſich indeſſen in einem ſpeciellen Falle als Schranken, welche den Teſtator hindern, für ſeine Familie in dem Umfange Sorge zu tragen, wie es nach den Umſtänden nothwendig erſcheint. Wo er ein unmündiges Kind hat, welches, falls es nach ihm in der Unmündigkeit verſterben ſollte, ſelbſt nicht im Stande ſein würde, durch ein Teſtament ſeinem Vermögen die den concreten Verhältniſſen entſprechende Beſtimmung zu geben, kann eine gewöhnliche Vulgarſubſtitution für daſſelbe nicht genügen. Es macht ſich hier vielmehr das doppelte Bedürfniß geltend, einerſeits die von dem Kinde erworbene Erbſchaft bis zur Mündigkeit als eine noch nicht erworbene behandeln, und andererſeits ſelbſt dem nicht inſtituirten Kinde ſubſtituiren zu dürfen. Oder mit andern Worten, es muß hier möglich ſein, im Fall der Inſtitution des Kindes die Subſtitution bis auf die Jahre ſeiner Pubertät zu verlängern, und im Fall ſeiner Exheredation, die aus guter Abſicht erfolgen kann, ihm für ſein anderweitiges Vermögen einen Erben zu ernennen[167]). Indem das römiſche Recht dieſe Befugniß einem Paterfamilias auf Grund ſeiner väterlichen Gewalt gegen

---

quantum velimus, substituere possumus. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur, non cernendo summovetur . . . pr. I. de vulg. subst. (2. 15).

167) Ulpian. fragm. XXIII. 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus, tam natis quam postumis, heredes substituere parentes possunt duplici modo, id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non extiterint liberi, substitutus heres fiat, aut proprio iure, id est si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint, ut substitutus heres fiat. 8. Etiam exheredatis filiis substituere parentibus licet. 9. Non aliter impuberi filio substituere quis heredem potest, quam si sibi prius heredem instituerit vel ipsum filium, vel quemlibet alium. Gaius II. 179 sqq. — pr. I. de pup. subst. (2. 16).

den impubes suus einräumte und damit dieſem gegenüber von den beiden Vorausſetzungen der Vulgarſubſtitution abſah, entſtand neben derſelben das Inſtitut der Pupillarſubſtitution, welches Juſtinian als Vorbild für ähnliche Beſtimmungen hinſichtlich wahnſinniger Kinder benutzte, um ihm noch die Quaſipupillarſubſtitution an die Seite zu ſtellen [168]).

Die Erbesernennung, welche hiernach als Inſtitution und Subſtitution auftreten kann, bildet den nothwendigen Inhalt jedes Teſtaments [169]). Es hat dies ſeinen Grund in den Rechten der Erbſchaftsgläubiger. Dieſe fordern, daß nach dem Tode des Schuldners deſſen Nachfolger gleichmäßig in Activa und Paſſiva des Nachlaſſes eintreten. Bei einer Vergabung blos der activen Vermögensbeſtandtheile würden die Gläubiger für die zurückbleibenden Schulden nicht nur keinen neuen Schuldner erhalten, ſondern auch die Mittel zur Tilgung derſelben verlieren. Um der Schulden willen muß alſo die juriſtiſche Form der Erbfolge die Univerſalſucceſſion ſein, und die letztwillige Zuwendung einzelner Activa, wie ſie durch das Vermächtniß erfolgt, vom Eintritt jener und von der Solvenz der Erbſchaft abhängen [170]). Bei ihrer Inſolvenz würde das Vermächtniß den Gläubigern,

168) c. 9 C. de imp. subst. (6. 26). § 1 I. de pup. subst. (2. 16).

169) Gaius II. 229 . . . testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

170) l. 21 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) . . . quoniam certum esset, herede existente debitum iri; neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc: si heres erit, dato. l. 17 D. de mort. caus. don. (39. 6) . . . legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint.

deren Recht die gesammten Activa des Testators ergreift, ein Zahlungsmittel entziehen, also einer alienatio in fraudem creditorum gleich zu achten sein. Aus diesem Grunde können Vermächtnisse nur zum Nachtheil des Erben [171]), nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger den Nachlaß vermindern. Sie können ferner überhaupt nur diesen, niemals das eigene Vermögen des Erben belasten [172]), obwohl sie als Leistungen, zu denen der Erbe andern Personen verpflichtet sein soll, zur Erbschaft gehörige Schulden sind [173]). Denn letztwillige Liberalitäten vermag der Erblasser selbstverständlich nur soweit zu gewähren, als sein eigenes Vermögen dazu ausreicht, folglich eine Vermächtnißforderung nur unter der stillschweigenden Bedingung zu vergaben, daß die bona, quae deducto aere alieno supersunt, noch ihre Zahlung gestatten. Einen positiven Schaden kann der Erbe demnach durch Vermächtnisse niemals erfahren, aber sie können ihn in dem Grade um jeden Vortheil der Erbfolge bringen, daß ihm nur das nudum nomen heredis verbleibt. Nach dem Recht der XII Tafeln giebt es keine Schranke, welche der Testator bei der Anordnung von Vermächtnissen innezuhalten hätte; er kann daher durch sie über Alles disponiren, was nicht durch die anderweitigen Erbschaftsschulden in Anspruch genommen wird. Wo der Testator von dieser Freiheit Gebrauch macht, muß sie indessen regelmäßig zu seinem eigenen Nachtheile ausschlagen: denn der Erbe, welcher von der Erbfolge nur einen

171) l. 116 pr. D. de legat. (30). Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

172) l. 114 § 3 D. eod. . . . quia placet, non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est.

173) l. 40 D. de O. et A. (44. 7). Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint.

geringfügigen oder gar keinen Vortheil sieht, wird die Erbschaft repudiiren und dadurch mit dem Untergange des Testaments auch den Untergang der Legate herbeiführen [174]). Muß dem Testator an der Aufrechthaltung seines letzten Willens gelegen sein, so entspricht auch eine eventuelle Verkürzung der hinterlassenen Legate seinem eigenen Interesse [175]). Die römische Gesetzgebung führte daher eine solche, nach den unzureichenden Bestimmungen der lex Furia und der lex Voconia [176]), in zweckmäßiger Weise durch die lex Falcidia ein. Abgesehen vom Militärtestament, das, wie keinem andern Gesetz, auch der lex Falcidia nicht unterliegt [177]), haben nach ihr die Legatare überhaupt erst einen Anspruch, wenn vorweg die Erben zu ihrem Theil befriedigt sind: sie sollen stets mindestens die Quart ihrer Erbportion erhalten, und deshalb von den Legaten so viel abziehen können, bis ihnen diese rein übrig bleibt [178]). Die Quarta Falcidia gewährte also den Erben einen Pflichttheil gegenüber

174) Gaius II. 224. Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis et libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de sua re testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suae rei, ita ius esto: quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.

175) pr. I. de lege Falc. (2. 22)... visum est hanc legandi licentiam coarctare, idque ipsorum testatorum gratia provisum est.

176) Gaius II. 225. 226.

177) l. 17. 92. 96 D. ad leg. Falc. (35. 2).

178) pr. I. de leg. Falc. (2. 22) . . . et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissima lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret. Gaius II. 227.

den Legataren. Dieſen ihren urſprünglichen Charakter hat ſie indeſſen nicht behalten: denn Juſtinian hat dem Teſtator das Recht eingeräumt, den Abzug der Quart zu verbieten. Damit iſt der Wille des Erblaſſers über das Falcidiſche Geſetz geſtellt und in der Hoffnung, der Erbe werde ſtets ſchon in der gewiſſenhaften Befolgung des Teſtaments ſeine volle Befriedigung finden, die alte Legirfreiheit der Sache nach wieder eingeführt [179]).

Das Vermächtniß erzeugt, wie ſchon erwähnt, als eine Leiſtung, welche der Erbe aus dem Nachlaß zu machen hat, in dieſem mit dem Tode des Erblaſſers eine Schuld. Gleichzeitig entſteht für den Legatar in der petitio legati das Recht, die dieſer Schuld entſprechende Forderung nach dem Antritt des Erben durch Agnition zu erwerben [180]). Den Erfüllungsmodus für dieſe Forderung kann der Teſtator, je nachdem der vermachte Gegenſtand ihm ſelbſt, dem Erben, oder dritten Perſonen gehört, durch legatum per vindicationem, sinendi modo und per damnationem in verſchiedener Weiſe beſtimmeu und dadurch, wenn er ſein Eigenthum oder iura in re an eigenen Sachen vermacht, die Verfolgung des Legats auch durch dingliche Klage ermöglichen. Wo nach der

179) Nov. 1 c. 2 § 2 ... Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quaedam iuste et pie relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem, aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione....

180) Ulpian. fragm. XXIV. 31. Legatorum ... dies cedit... ex mortis testatoris tempore. l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam. l. 7 pr. D. quand. dies leg. ced. (36. 2). Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

Anordnung des Teſtators die Realiſirung des Legats per vindicationem oder sinendi modo erfolgen ſoll, nach der rechtlichen Lage der vermachten Sache aber in dieſer Weiſe nicht erfolgen kann, da zieht urſprünglich dieſe unrichtige Anordnung den Untergang des Vermächtniſſes nach ſich. Nach dem S. C. Neronianum wird dagegen hierdurch die Exiſtenz des Legats nicht mehr alterirt, ſondern der angeordneten unrichtigen Form diejenige ſubſtituirt, welche der allgemeinen Natur des Vermächtniſſes als einer Forderung gegen den Erben entſpricht: es nimmt alſo das Legat, ſofern es in ſeiner eigenen Form nicht aufrecht erhalten werden kann, die Geſtalt eines Damnationslegats an. Ebenſo verhält es ſich auch beim legatum per praeceptionem, durch welches, wenigſtens nach der Anſicht der Sabinianer, nur einem Miterben etwas legirt werden konnte [181]). Ein ſolches Vermächtniß an den Erben kann ſich von dem an einen extraneus nicht unterſcheiden, wenn daſſelbe ausſchließlich ſeinen coheredes auferlegt iſt, wenn er alſo gegen dieſe eine Vermächtnißforderung haben ſoll. Sofern aber der Erbe ſelbſt mit zu den Onerirten gehört, muß der auf ihn fallende Theil nothwendig untergehen, da Niemand gegen ſich ſelbſt eine Forderung zu erwerben vermag. Die auf den Erben ſelbſt fallende Quote des Legats hat er daher als heres, und nur die von ſeinen Miterben zu leiſtenden Antheile bilden für ihn den Gegenſtand des Vermächtniſſes [182]). Dieſe mit dem Prälegate verbundene Wirkung iſt eine nothwendige Conſequenz des ſich aus der Natur des Vermächtniſſes er-

181) Gaius II. 192—223. Ulpian. fragm. XXIV. 1—14.

182) l. 116 § 1 D. de leg. (30). l. 18 § 2 D. de his, quae ut indign. auf. (34. 9). l. 18 § 3 D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

gebenden Grundſatzes: heredi a semet ipso legatum dari non potest [183]).

Als eine dem Legatar vom Teſtator ſchenkungsweiſe [184]) offerirte Forderung gegen ſeine Erbſchaft kann das Legat Alles zum Gegenſtande haben, was Gegenſtand einer Obligation ſein kann, alſo nicht blos einzelne Vermögensſtücke, ſondern auch eine Quote des Nachlaſſes. Wie aber bei einer Schenkung, durch welche Jemand ſein ganzes Vermögen oder einen Theil deſſelben veräußert, die Schulden, weil ſich die Perſon des Schuldners nicht ohne Zuſtimmung des Gläubigers ändern darf, beim Schenker verbleiben und nur die Activa an den Beſchenkten gelangen, gegen die Verpflichtung, davon dem Schenker den Betrag der Schulden zu erſetzen [185]), ſo kann auch bei der partitio legata der Legatar, da ſchon der onerirte Erbe durch den Antritt den Erbſchaftsgläubigern obligirt iſt, nur einen Anſpruch auf die Activa erhalten, mit der Verbindlichkeit, die Erbſchaftsſchulden zu der vermachten Quote dem Erben zu leiſten. In Folge der Unübertragbarkeit der Schulden bildet alſo den Gegenſtand der partitio legata nur die Erbſchaftsquote nach Abzug ihrer Paſſiva, und da ſich dieſer Abzug nicht direct von den Activis bewirken läßt [186]), ſo entſtehen zwiſchen Erben und Legatar die erwähnten gegenſeitigen Verpflichtungen, die bei

183) Ulpian. fragm. XXIV. 22.

184) § 1 I. de leg. (2. 20). Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta. l. 36 D. de leg. (31).

185) l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3)... non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. Vgl. c. 15. 22 C. de donat. (8. 54). l. 17 § 1 quae in fraud. credit. (42. 8).

186) l. 16 § 3 D. ad. S. C. Trebell. (36. 1) . . . nec enim posse ex iure deduci quantitatem, non magis, quam si fundum quis deducto aere alieno, vel deductis legatis restituere sit rogatus, neque enim recipit fundus aeris alieni vel legati minutionem.

den Römern noch durch die stipulationes partis et pro parte sicher gestellt zu werden pflegten [187]). Das Legat vermag demnach überall nur den Erwerb von erbschaftlichen Activis herbeizuführen, während die Erbesernennung stets auch die Succession in die Schulden des Nachlasses nach sich ziehen muß. Wo im Widerspruch damit der Testator eine heredis institutio ex certa re angeordnet hat, kann sie nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß die certa res pro non scripta erachtet wird. Damit muß sich aber die Annahme stillschweigender Universal- und Singularfideicommisse verbinden, wenn ersichtlich der Erblasser den Erben zu Gunsten Anderer auf die certa res beschränkt wissen wollte, so daß diese gegen jenen den Anspruch auf Restitution der Erbschaft erhalten, und der Erbe wiederum von ihnen die certa res zurückfordern kann [188]).

Abgesehen von dem Inhalt des Rechts, welches einerseits die heredis institutio und andererseits das legatum gewährt, stehen übrigens beide im Allgemeinen einander gleich. Auch das Legat ist ein Theil der umfassenden Disposition, durch welche die Erbschaft vertheilt wird, und deshalb, wie die Erbesernennung, ein testamentarisches Geschäft [189]). Als solches muß es, wie jene [190]), um dem-

187) Ulpian. fragm. XXIV. 25. XXV. 15. Gaius II. 254. (Siehe unten Note 226.) l. 26 § 2 l. 27 D. de legat. (30).

188) l. 29 D. ad. S. C. Trebell. (36. 1) ... licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet. l. 1 § 4. l. 9 § 13 D. de hered. inst. (28. 5). l. 41 § 8 D. de vulg. subst. (28. 6).

189) Gaius II. 269 ... legatum nisi testamento facto inutile sit.

190) l. 201 D. de R. I. (50. 17). Omnia, quae ex testamento

nächſt gültig zu ſein, nach der regula Catoniana ſchon zur Zeit ſeiner Errichtung Wirkſamkeit haben können[191]), und als ſolches ſetzt es gleichfalls neben der Teſtirfähigkeit des Erblaſſers auch die Erbfähigkeit des Legatars voraus[192]).

Die Teſtirfähigkeit geht aus pſychologiſchen Gründen allen Perſonen ab, die nach ihrer geiſtigen oder körperlichen Beſchaffenheit überhaupt keinen auf Einſicht beruhenden Willen haben oder ihn doch nicht deutlich erklären können[193]); aus familienrechtlichen Gründen fehlt ſie neben dem Filiusfamilias[194]) urſprünglich auch den Frauen[195]), und aus öffentlichen

---

proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint.

191) l. 1 D. de reg. caton. (34. 7). Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.

192) § 24 J. de legat. (2. 20). Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. Gaius II. 218.

193) Ulpian. fragm. XX. 12. 13. — § 1—4 J. quib. non est perm. test. fac. (2. 12). l. 2. l. 16 § 1. l. 17. l. 18 pr. D. qui test fac. poss. (28. 1). c. 3 pr. 9. 10 C. eod. (6. 22).

194) Ulpian. fragm. XX. 10. — pr. J. eod. l. 6 pr. l. 16 pr. l. 19. D. eod. c. 3 § 1, c. 11. 12 C. eod.

195) Beim Comitienteſtament ſtand der Teſtirfähigkeit der Frauen die Form entgegen, quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est (Gellius V. 19). Beim testamentum per aes et libram ließ man, da Frauen der Mancipation fähig waren, das alte Recht nur noch für den Fall ſtehen, wo es ihnen durch ein Teſtament ermöglicht wäre, ihr Vermögen der Familie, welcher ſie durch Geburt angehörten, zu entziehen: es waren jetzt nur ſolche Frauenzimmer teſtirunfähig, welche niemals eine capitis deminutio erlitten hatten, Cicero, Topic. c. 4. War eine Frau, wie es durch Eingehung einer ſtrengen Ehe geſchah, aus ihrer urſprünglichen Familie ausgeſchieden, ſo konnte ihr Vermögen an dieſe nur durch ein Teſtament zurückgebracht werden, da es nach der Inteſtaterbfolge an die angeheiratheten Agnaten und Gentilen gefallen wäre. Hier empfahl es ſich daher, den Frauen die Teſtirfähigkeit zu gewähren. Später ward es möglich,

Gründen entbehrt Jeder, der nicht römiſcher Bürger iſt, der Teſtirfähigkeit und Erbfähigkeit zugleich. Das Teſtament iſt ein vor den Comitien oder deren Vertretern vorgenommener Act; er fordert daher beim Teſtator die Civität und damit eine römiſche Familie, in deren Verband der Erbe durch die mancipatio familiae pecuniaeque aufgenommen wird. Peregrinen können alſo nur nach den Geſetzen ihres eigenen, nicht nach denen des römiſchen Staates, Latini Juniani aber und dediticii können überhaupt nicht teſtiren[196]). Und ebenſo ſind dieſe Perſonen ſämmtlich unfähig, in einem römiſchen Teſtament bedacht zu werden[197]). Bei der ſchon früher beſprochenen politiſchen Bedeutung, welche die römiſchen Familien im Geſchlechterſtaat haben, können fremdartige Elemente weder durch die mancipatio familiae in ihnen Aufnahme finden, noch auch nur auf Grund von Legaten an dem Vermögen derſelben participiren. Die paſſive Teſtamentifactio iſt deshalb iuris publici, wie die active[198]): beide ſind durch den status civitatis und den von dieſem abhängigen status familiae bedingt, wozu in der chriſtlichen Zeit noch das Erforderniß der Rechtgläubigkeit tritt[199]). Sie unterſcheiden ſich

---

eine in ihrem Familienbande verbliebene Frau durch eine auctore tutore geſchloſſene coemtio fiduciaria aus demſelben ebenſo heraustreten zu laſſen, wie diejenige, welche die Coemtion matrimonii causa geſchloſſen hatte. Hadrian erließ auch dieſen formellen Umweg und geſtattete allen Frauen ſchon mit blos hinzukommender auctoritas tutorum ein Teſtament zu machen, Gaius I. 115a. Ulpian. fragm. XX. 15. Mit der Beſeitigung der Frauentutel fiel jede Schranke weg. Vgl. Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 103.

196) Ulpian. fragm. XX. 14. Gaius I. 23. 24.

197) Gaius II. 110. Ulpian. fragm. XXII. 2. 3. Auch die latini colonarii waren erbunfähig, da ihnen das connubium fehlte. (Note 27.)

198) l. 3 D. qui test. fac. poss. (28. 1). Testamenti factio non privati, sed publici juris est.

199) c. 3 C. de apostat. (1. 7). c. 2. 5 C. de haeretic. (1. 5).

von einander nur dadurch, daß die passive Testamentifactio auch dem Filiusfamilias, die active dagegen nur dem Paterfamilias zukommt, und daß über diesen Status des Testators selbst kein Zweifel zur Zeit der Testamentserrichtung existiren darf, wenn nicht sein letzter Wille ungültig sein soll[200]). Ein Testament, dessen Wirksamkeit der Testator selbst von vornherein dahin gestellt sein lassen muß, gewährt aus diesem Grunde keine Garantie, daß die Anordnungen, welche es enthält, das Resultat gewissenhaftester Erwägung und Prüfung sind: sie werden von dem Bewußtsein begleitet, daß sie vielleicht niemals zur Geltung gelangen, und können deshalb auch blos in dieser Erwartung getroffen sein. Dieser Einfluß, den der Zweifel des Testators über seine Testirfähigkeit auf den letzten Willen selbst auszuüben geeignet ist, entzieht demselben seine Gültigkeit[201]), nicht die Ungewißheit über das Erbrecht seiner instituirten Erben, welche jener Zweifel bei seinem Tode nach sich ziehen kann. Mit einer solchen Ungewißheit über die Existenz des Erbrechts, aus welchen Gründen sie auch eintreten mag, verbindet sich keine weitere Folge, als daß die Erbfolge bis zu eingetretener Gewißheit gehindert und, wenn der Delat vor derselben stirbt, die Delation auf seine Erben transmittirt wird[202]).

---

200) Ulpian. fragm. XX. 11. Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat se sui iuris esse, testamentum facere non potest. l. 15 D. qui test. fac. poss. (28. 1). De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit.

201) l. 14 D. eod. . . nam qui incertus de suo statu est, certam legem testamento dicere non potest.

202) l. 32 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem, etsi eius conditione sit in veritate, ut testari poterit. l. 32 § 1. l. 34 pr. l. 46. l. 51 pr. D. eod. l. 12 D. de

Neben der Grenze, welche dem Teſtator bei der Hinterlaſſung von Legaten das Requiſit der Erbfähigkeit des Honorirten zieht, findet er in der urſprünglichen Form des Teſtaments noch eine doppelte anderweitige Schranke. Da das Teſtamentsgeſchäft nur mit dem Erben abgeſchloſſen wird, ſo können auch nur ihm Vermächtniſſe auferlegt werden: a legatario legari non potest [203]). Und da das Teſtament das Zeugniß römiſcher Bürger fordert, ſo war ſeine Errichtung in der Fremde gewöhnlich unmöglich. Dieſe Beſchränkungen führten zur Entſtehung des Fideicommiſſes [204]). Was der Wille des Teſtators ſeinen Erben oder Vermächtnißnehmern nicht zur geſetzlichen Pflicht machen kann, das läßt ſich doch vielleicht von ihrer Liebe und Treue erwarten; er ruft daher dieſe zu Hülfe, indem er von ihnen verbis precativis erbittet, was er ihnen verbis imperativis nicht auflegen kann [205]). Dieſer ſeiner urſprüng-

---

Carb. edict. (37. 10). ... quodsi medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurendum erit. Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti? l. 6 § 1 D. de bon. libert. (38. 2).

203) Ulpian. fragm. XXIV. 20. Gaius II. 260.

204) Gaius II. 285 ... peregrini poterant, fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. II. 271. Item a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest. pr. J. de codicill. (2. 25). ... Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an posset hoc recipi, nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset.

205) Ulpian. fragm. XXV. 1. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur; nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

lichen Bedeutung gemäß ist das Fideicommiß überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern hat eine blos factische Existenz. Seine Errichtung ist daher so wenig an eine Form gebunden[206]), wie mit irgend welchen rechtlichen Wirkungen verknüpft: es existirt durch jede formlose mündliche oder briefliche Bitte und legt dem Fiduciarius nur Pflichten der Pietät, keine erzwingbaren Verbindlichkeiten auf, auch da nicht, wo es sich nicht darum handelte, den Vorschriften über die Erbfähigkeit widersprechende Dispositionen zu treffen.

So lange das Gebot der Treue ausreichte, den Wünschen des Erblassers ihre Erfüllung zu sichern, fehlte Bedürfniß und Anlaß, das außerhalb des Rechts stehende Fideicommiß in das Gebiet desselben zu versetzen. Wurde aber jenes Gebot verletzt, so mußte der öffentliche Anstoß, welchen solche Impietät erregte, nothwendig die Anforderung nach sich ziehen, durch Rechtsvorschriften derselben entgegenzutreten. Dieser Anforderung wurde durch den Kaiser Augustus entsprochen. Nachdem er zuerst in einzelnen Fällen besonderer Treulosigkeit außerordentlicher Weise Hülfe gewährt, ließ er diese, weil es die öffentliche Meinung forderte, zur Regel werden und erhob so den bisher blos sittlichen Anspruch der Fideicommissare gegen den Onerirten zu einem vor den Consuln oder dem praetor fideicommissarius verfolgbaren Rechtsanspruch[207]).

Mit der jetzigen Erzwingbarkeit haben die Fideicommisse ihren eigenthümlichen Charakter verloren und ihren Platz unter den übrigen erbrechtlichen Dispositionen erhalten. Sie sind innerlich von den Legaten nicht mehr verschieden, sondern

206) Ulpian. fragm. XXV. 3. Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est. Gaius II. 269.

207) § 1 J. de fideic. heredit. (2. 23). Paulus R. G. IV. 1. 18. Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.

nur eine formell leichtere Verfügung als dieſe. Es muß deshalb nothwendig der weitere Gang der ſein, daß die materiellen Vorſchriften für das Legat auch auf das Fideicommiß zur Anwendung kommen, daß auch für dieſes Solennitäten entſtehen und daß, wenn ſchließlich nur das Requiſit der verba imperativa die Legate noch von den Fideicommiſſen unterſcheidet, ihre Verſchmelzung durch die Aufhebung dieſes Erforderniſſes bewirkt wird, die hier dieſelben Gründe, wie bei der Erbeinſetzung, geboten.

Dieſer natürliche Entwicklungsgang hat ſich in folgender Weiſe vollzogen. Zunächſt wurden durch das S. C. Pegasianum unter Vespaſian die Beſtimmungen der lex Falcidia auf die Fideicommiſſe übertragen, dann ſchloß Hadrian auch von ihnen die Peregrinen als erbunfähige Perſonen aus[208]), und ſpätere Kaiſer ſchrieben eine Fideicommiſſen und Legaten gemeinſame Errichtungsform vor: beide ſollen entweder durch im Teſtament confirmirte Codicille oder, nach Beſtimmung Conſtantins, unmittelbar in einer der beiden damaligen Teſtamentsformen (vor ſieben oder fünf Zeugen) hinterlaſſen werden, dabei aber die Gültigkeit der Legate nicht mehr von dem Gebrauch der verba civilia abhängig ſein[209]). Da es ſich jetzt beim Teſtament nicht mehr um ein Geſchäft mit dem Erben handelte, ſo waren auch legata a legatario möglich. Nach Vereinigung der doppelten Teſtamentsform zu einer einzigen ließ man aus dem bisherigen Teſtament vor fünf

208) Gaius II. 254. 285.

209) c. 1 C. Th. de testam. et codic. (4. 4). In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deese oportet. c. 21 C. de legat. (6. 37). In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit.

Zeugen das ſolenne Codicill als eine beſondere Errichtungsform für Legate und Fideicommiſſe hervorgehen, indem man mit Ausnahme der signatio testium alle Erforderniſſe deſſelben auf dieſes übertrug [210]). Dieſe Reform ermöglichte dem Erblaſſer wieder die Anordnung von Vermächtniſſen auch für den Fall, wenn er die Inteſtaterbfolge eintreten laſſen wollte. Die völlige Verſchmelzung des Legats mit dem Fideicommiß bewirkte erſt Juſtinian; er beſeitigte auch den Unterſchied zwiſchen den verba imperativa und precativa [211]) und beſtimmte, es ſollten überhaupt die günſtigeren Rechtsſätze von jedem der beiden Inſtitute auf das andere übertragen werden [212]). Außerdem ſtellte er mit Rückſicht auf die erſte Entſtehung der Fideicommiſſe in dem ſ. g. Oralfideicommiß auch die Wirkſamkeit formlos errichteter Vermächtniſſe wieder her: über ihre Anordnung ſoll dem angeblich Onerirten der Eid deferirt werden können, und dieſer ſchwören oder das vom Honorirten behauptete Vermächtniß leiſten müſſen [213]).

---

210) c. 8 § 3 C. de codic. (6. 36) Vgl. c. 7 § 2 C. Th. de testam. et codic. (4. 4). Nov. Theod. lib. I. tit. 16 §. 7. c. 21 § 5 C. de testam. (6. 23).

211) c. 2 C. comm. de legat. (6. 43). Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est iubeo forte, sive precariis utetur testator, quale est rogo, volo, mando, fideicommitto.

212) c. 2 C. eod ... omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur ... Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam.

213) c. 32 C. de fideic. (6. 42). § 12 J. de fideic. heredit. (2. 23).

Eine besondere praktische Wichtigkeit unter diesen Veränderungen hatte der Wegfall der verba civilia, insofern die Frage, ob das Vermächtniß blos durch persönliche oder auch durch dingliche Klage verfolgbar sei, nicht mehr nach der Form seiner Anordnung entschieden werden konnte. An ihrer Stelle mußte jetzt, da man annehmen durfte, daß der Testator die Verfolgung des Vermächtnisses in jeder Weise habe erleichtern wollen, lediglich die rechtliche Lage der vermachten Gegenstände maßgebend werden[214]). Es mußten also legirte Rechte, welche zum Nachlaß des Testators gehörten, und iura in re an seinen eigenen Sachen, analog dem Vindicationslegat, fortan stets mit der Agnition ohne Weiteres auf den Vermächtnißnehmer übergehen, und zwar, um dem Vermächtniß widersprechende Dispositionen des Erben in der Zwischenzeit auszuschließen, rückwärts ex die aditae hereditatis, so daß hier überall die aus den legirten Rechten selbst entspringenden dinglichen oder persönlichen Klagen dem Vermächtnißnehmer zustanden[215]). Wo dagegen Rechte an fremden Sachen oder Summen vermacht waren, mußte er auf seine persönliche Klage gegen den Onerirten beschränkt bleiben, und der durch sie zu bewirkende Erwerb von Eigenthumsrechten oder iura in re konnte hier natürlich nicht auf die Zeit des Erbschaftsantritts zurückgezogen werden.

Von den Schranken des ius civile, über welche man sich von vornherein durch das Fideicommiß hinwegzuhelfen suchte, fielen, wie sich aus dem Bisherigen ergiebt, nur die, welche in der Form des Testaments ihren Grund hatten: es ward möglich, in der Fremde Vermächtnisse zu errichten und auch einen Vermächtnißnehmer mit denselben zu belasten.

214) c. 1 C. comm. de legat. (6. 43).

215) Vgl. l. 80 D. de legat. (30). l. 44 § 1 D. legat. (31). l. 76 § 8 D. eod.

Das Erforderniß der Erbfähigkeit des Honorirten dagegen wurde vom Legat auf das Fideicommiß übertragen und blieb auch nach ihrer Verschmelzung für das nunmehr einzige Vermächtniß stehen. Es verminderte sich im Justinianeischen Recht nur die Zahl der erbunfähigen Personen, da die Lehre vom Status ihre Bedeutung verlor. Dieser Umstand hob aber nicht etwa auch den familienrechtlichen Charakter auf, welcher sich von vornherein mit dem Erbrecht und mit dem Recht des Vermächtnisses dadurch verband, daß nur solche Personen honorirt werden konnten, welche fähig waren, Familienglieder des Erblassers zu sein. Beim Erbrecht zeigt sich derselbe noch immer einerseits darin, daß beim Tode des Erblassers noch nicht concipirte Personen ihn, wie dies schon oben erwähnt ist [216]), weder ab intestato, noch ex testamento beerben können, andererseits aber auch darin, daß die Delation, durch welche das Erbrecht erzeugt wird, beim Tode des Delaten, abgesehen von den Transmissionsfällen, nicht an dessen Erben als solche, sondern an den weiteren Familienkreis des Erblassers gelangt. Ein Vermächtniß kann allerdings, wie das Familienfideicommiß [217]) bezeugt, auch Personen zugewandt werden, welche beim Tode des Erblassers noch nicht in rerum natura sind, weil hier die Beziehung des Honorirten zum Verstorbenen stets durch den Erben vermittelt wird und eine noch so lange Ungewißheit über seine Realisirung ohne Nachtheil für Dritte bleibt. Auch wird das einmal erworbene Recht des Vermächtnisses, wo vererbliche Rechte legirt sind, auf die Erben des Legatars transmittirt, weil das Legat durch diesen Gegenstand die stillschweigende Erklärung des Testators enthält, daß er

216) Vgl. Note 31.

217) l. 32 § 6, l. 77 § 27 D. de legat. (31). Nov. 159 c. 2. 3.

den Vortheil deſſelben nicht blos der Perſon des Honorirten zuwenden will[218]). Allein, wenn ſich auch in dieſen beiden Richtungen das Recht des Vermächtniſſes vom Erbrecht trennt, ſo trifft es doch wieder in einem andern Punkte mit ihm zuſammen, der auch ſeine familienrechtliche Natur noch für das neueſte römiſche Recht documentirt. Es iſt dies die Vorſchrift, nach welcher der Legatar bei bedingten Legaten den Eintritt der conditio erleben muß, wenn das Recht des Vermächtniſſes überhaupt zur Exiſtenz kommen ſoll[219]): während bedingte Vermögensrechte als eine spes auf die Erben des Berechtigten transmittirt werden[220]), geht die spes auf das Recht des Vermächtniſſes, wie die auf das Erbrecht, unter, weil die durch jenes Recht gewährte familienartige Stellung zum Vermögen des Teſtators nur der einnehmen kann, dem ſie dieſer aus Neigung und Liebe zugedacht hat[221]).

Im engſten Zuſammenhange mit den beiden Hauptſtadien des Fideicommiſſes, nach denen es zuvörderſt eine bloße Anordnung des Vertrauens, dann aber, wie das Legat, erzwingbar iſt, ſtehen die verſchiedenen Entwicklungsſtufen, welche das Univerſalfideicommiß durchgemacht hat. So lange dem Honorirten kein Rechtsanſpruch gegen den Onerirten zukommt, ſteht die Reſtitution der Erbſchaft in der Willkür des Erben, ebenſo wie der Verkauf derſelben; ſie

218) l. 2. 3 D. quand. dies leg. ced. (36. 2).

219) l. 5 pr. § 2. 3 D. eod.

220) § 4 J. de V. O. (3. 15). . . . Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem ad heredem transmittimus, si priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

221) l. 42 pr. D. de O. et A. (44. 7). Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.

wird demgemäß auch unter den beim Erbſchaftskaufe üblichen Stipulationen durch Uebertragung der bona deducto aere alieno bewirkt[222]). Als aber das Fideicommiß mit ſeiner Erzwingbarkeit aufhört, eine bloße Sache der Pietät zu ſein, hat das Verhältniß zwiſchen Erben und Fideicommiſſar mit dem Erbſchaftskaufe nichts mehr gemein; es handelt ſich jetzt um eine rechtlich anerkannte Dispoſition des Erblaſſers, die ſich deshalb auch nach dem Willen deſſelben realiſiren muß. Dieſen Geſichtspunkt bringt das S. C. Trebellianum unter Nero durch die Beſtimmung zur Geltung, daß mit der Reſtitution des Fideicommiſſes die civilrechtlich dem und gegen den Fiduciarius zuſtehenden Klagen als utiles actiones dem und gegen den Fideicommiſſarius geſtattet werden ſollen, ſo daß dieſer nunmehr die Erbſchaft zu ſeinem Theile, dem Fiduciarius gleich, wie ein Erbe vertritt[223]). Dieſe Behandlung

---

222) Gaius II. 252 . . . Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, numme uno eam hereditatem dicis causa venire, et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emtorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino, si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. Vgl. Gans a. a. O. S. 221 ff.

223) Gaius II. 253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi: praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

fand ſo lange keinen Anſtand, als das Univerſalfideicommiß in jedem vom Erblaſſer angeordneten Umfange reſtituirt werden mußte. Als aber durch das S. C. Pegasianum die Vorſchriften des Falcidiſchen Geſetzes auch auf die Fideicommiſſe ausgedehnt wurden[224]), erſchien das Verfahren ex S. C. Trebelliano nur dann ſachgemäß, wenn der Erblaſſer dem Fiduciarius ſeine Quart freigelaſſen hatte[225]). Wo dies nicht geſchehen war und in Folge deſſen ein Abzug erfolgte, ließen ſich Erbe und Fideicommiſſar nicht mehr als vom Erblaſſer gleichgeſtellte Perſonen betrachten: die Eigenſchaft des Fideicommiſſars als eines bloßen Vermächtnißnehmers trat in dem Abzug der Quart deutlich hervor, und das S. C. Pegasianum wollte ihn deshalb hier als einen legatarius partiarius behandelt wiſſen[226]). Wo der Erbe dagegen auf den

224) Gaius II. 254. Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur . . .

225) Gaius II. 255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.

226) Gaius II. 256. At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto. 254. . . . per quod senatusconsultum heres ipse onera hereditaria sustinet, ille autem qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est eius legatarii cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum

Abzug der Quart aus Pietät gegen den Erblasser verzichtete, da trat durch diese freiwillige Entsagung das Fideicommiß gleichsam wieder in seinem ursprünglichen Charakter als eine bloße Anordnung des Vertrauens auf, bei der aus diesem Grunde wie ehedem auch jetzt noch die Restitution in Form einer imaginaria venditio erfolgen sollte[227]). Nur wenn der Abzug der Quart um deswillen unterblieb, weil der Erbe den Erwerb der Erbschaft verweigerte, sollte der auf Verlangen des Fideicommissars vom Prätor zu erzwingende Antritt dem Erben das Recht auf die Quart entziehen und somit, wie wenn der Anspruch auf dieselbe überhaupt nicht begründet war, das S. C. Trebellianum zur Anwendung gelangen[228]).

Nachdem schon von den späteren römischen Juristen gegen diese verschiedenen Restitutionsformen des S. C. Pegasianum im Interesse der Einfachheit des Rechts Widerspruch erhoben war, stellte Justinian auch hinsichtlich ihrer eine Einheit her. Ob dem Erben die Quart hinterlassen ist oder nicht, ob er den Abzug machen oder darauf verzichten will, das soll fortan keinen Einfluß mehr üben, sondern überall

---

herede legatarius partitur hereditatem: unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

227) Gaius II. 257 . . . si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emtae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.

228) Gaius II. 258. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum qui receperit, actiones dentur, ac iuris est ex senatusconsulto Trebelliano. § 6 J. de fideic. heredit. (2. 23).

die Reſtitution ex S. C. Trebelliano erfolgen, und, um das S. C. Pegasianum ganz aufheben zu können, ſoll das bisher aus ihm zuſtehende Recht des Erben, die Quart abzuziehen, ſowie das Recht des Fideicommiſſars, den Antritt zu erzwingen, in den Trebellianiſchen Senatsbeſchluß aufgenommen werden. Dieſer ſoll, ſo erweitert, die alleinige Rechtsquelle ſein, welche für das Univerſalfideicommiß in allen Beziehungen maßgebend iſt[229]).

Bei einem Rückblick auf den bisher dargeſtellten Verlauf des teſtamentariſchen Erbrechts ſehen wir, daß es überall vornehmlich die Form des Teſtaments iſt, in der und in deren Veränderung die Entſtehung neuer Inſtitute und die Umwand-

229) § 7 J. de fideic. heredit. (2. 23). Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil, vel minus quartae apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod praecipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem manente.

lung der bestehenden ihren Grund hat. Als an die Stelle des Comitientestaments das mündliche Mancipationstestament tritt, entsteht das Institut der Exheredation; und als das schriftliche Testiren Bedürfniß wird und in Folge dessen die mancipatio familiae abkommt, bildet sich das Testament selbst aus einem Geschäft mit dem Erben zu einem durchweg einseitigen Act um, selbstverständlich aber ohne durch den Wegfall der Mancipation oder durch die spätere Beseitigung der verba imperativa in seinem innern Wesen, nach welchem es Ordnung und Herstellung familienmäßiger Beziehungen und unverletzbar wie ein Gesetz sein soll, irgend eine Veränderung zu erfahren. In der Form des Testaments hat es ferner seinen Grund, daß die Fideicommisse im Rechte Aufnahme finden: weil jene unter Umständen einem Erblasser jede letztwillige Verfügung unmöglich machen kann, soll bei der Heiligkeit, welche das menschliche Gefühl dem letzten Wunsche eines Verstorbenen beilegt, wenigstens das Vermächtniß auch im formlosen Codicill zur Geltung gelangen. Allein dasselbe Gefühl, welches diese Bestimmung hervorruft, nimmt demnächst doch auch wieder Anstoß an dem überdies Fälschungen erleichternden Mangel jeder Solennität und drängt deshalb alsbald zur Einführung einer solchen hin. Wenn man die Confirmation im Testament, die ja schon im Voraus erfolgen kann, eventuell einen an weniger Solennitäten als das Testament geknüpften Act forderte, so schien dem Bedürfniß und der Natur des Geschäfts gleichmäßig Rechnung getragen zu sein; man machte daher die Existenz der Vermächtnisse wieder von ihrer Errichtung in diesen Formen abhängig. Damit war aber in der That derselbe Zustand wie zur Zeit der Entstehung der Fideicommisse zurückgeführt. Es existirte jetzt allerdings weniger Veranlassung zur formlosen Anordnung von Vermächtnissen, allein wenn sie dennoch im Vertrauen

auf die Zuverläſſigkeit des Onerirten erfolgt war, ſo gab es wie früher gegen die Treuloſigkeit deſſelben keinen rechtlichen Schutz. Es entſtand daher von Neuem das Bedürfniß der Abhülfe. Juſtinian, indem er die Errichtung vor Zeugen nicht als eine Solennität, welche zugleich die Natur der Dispoſition gebot, ſondern als ihren Zweck lediglich die Herſtellung eines Beweismittels betrachtete, gewährte dieſe dadurch, daß er dem Zeugniß des angeblich Onerirten dieſelbe Beweiskraft beilegte [230]).

So giebt es denn ſchließlich drei beſondere Geſchäfte für die Anordnung von Vermächtniſſen: das formloſe, aber im Teſtament confirmirte Codicill [231]), das ſelbſtſtändige ſolenne Codicill und das ſ. g. Oralfideicommiß. Das Teſtament iſt nur noch eine für die Erbesernennung und für die Exheredation nothwendige Form [232]).

IV. Ausbildung des Notherbenrechts.

Es wurde bereits oben hervorgehoben, daß die Einführung des ſchriftlichen Teſtaments, neben einer allmäligen vollſtändigen Umbildung der Teſtamentsform im Großen und Ganzen, insbeſondere auch eine Steigerung der Enterbungsformen

230) c. 32 C. de fideic. (6. 42). . . . Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta?

231) Mit der herrſchenden Anſicht, welche auch für das confirmirte Codicill die Beobachtung der Solennitäten fordert, läßt ſich § 2. 3 J. de codic. (2. 25) nicht vereinigen.

232) § 2 I. de codic. (2. 25). c. 2 C. de codic. (6. 36).

herbeiführte, und daß sie es war, welche im weiteren Verlauf auch das durch die Querel geschützte Pflichttheilsrecht hervorrief. Von diesen ihren Wirkungen soll nunmehr die Rede sein.

So lange das Testament mündlich errichtet wurde, erfuhren die Zeugen, daß und welche sui der Erblasser von der Erbfolge ausschließen, und welche Personen er ihnen vorziehen wollte. Sie hatten daher bei jedem der instituirten oder substituirten Erben, wo sie einen solchen Vorzug nicht für gerechtfertigt hielten, Gelegenheit, den Testator zur Prüfung der Gründe zu veranlassen, aus welchen er seinen suus auch diesem Erben nachsetzen zu müssen glaubte. Damit existirte eine Garantie, daß keinem der ernannten Erben der Vorrang vor dem suus gegeben wurde, der nicht zuvor eine zu seinen Gunsten ausschlagende Vergleichung mit diesem bestanden hatte. Mit dem schriftlichen Testament fiel dieser Einfluß der Zeugen auf die Gewissenhaftigkeit des Testators weg; es war daher natürlich, wenn man sich nach Mitteln umsah, welche in dieser Beziehung einen Ersatz zu leisten vermochten. Man fand dieselben in neuen Formen der Enterbung. Wenn man durch diese den Testator nöthigte, den suus, welchen er exheredиren wollte, jedem seiner Erben gegenüberzustellen, so schien er sich gleichfalls der Pflicht, die Würdigkeit beider in Vergleichung zu ziehen, nicht entschlagen zu können. Um wenigstens annähernd beim schriftlichen Testament dasselbe Verhältniß wie beim mündlichen herzustellen, forderte man daher die Enterbung des suus ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus und bestimmte, daß jede Erbeinsetzung nichtig sein solle, der gegenüber die Exheredation des suus unterlassen worden sei[233]).

233) l. 3 § 6 D. de lib. et post. (28. 2). Si ita testatus sit

In gleicher Weiſe wie hier durch das Requiſit der wiederholten Enterbung ſuchte man anderweitig die Einwirkung der Zeugen auf das Pflichtgefühl des Teſtators dadurch zu erſetzen, daß man an ihn die Anforderung ſtellte, dem suus durch directe und beſtimmte Anordnung die Vortheile ſeiner Familienſtellung zu entziehen. Man verkannte nicht, daß es unter Umſtänden gerechtfertigt ſein konnte, einen Notherben nur sub conditione zur Erbfolge zu berufen und ihn auf den entgegengeſetzten Fall zu Gunſten anderer Perſonen auszuſchließen, aber man geſtattete — zunächſt freilich nur bei den auch ſonſt bevorzugten Notherben, beim filius suus und bei den postumi [234]) — dem Teſtator nicht, dieſe eventuelle Ausſchließung gleichſam in der bedingten Einſetzung zu verbergen. Man forderte von ihm, außer bei reinen Poteſtativbedingungen, die ausdrückliche Enterbung sub conditione contraria und ſtellte ohne dieſe die bedingte Erbesernennung der Präterition gleich, um hierdurch, wie ehedem durch die Zeugen, dem Teſtator die Möglichkeit zu entziehen, ſein Gewiſſen über den Inhalt einer Verfügung durch die Form, in welcher er ſie traf, zu beſchwichtigen [235]).

---

paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Julianus putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est. l. 8 D. eod.

234) Vgl. Note 141.

235) l. 4 pr. D. de hered. inst. (28. 5). Suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat. l. 4 § 2 D. eod. . . . Opinamur igitur, filium, si sit institutus sub ea conditione, et sit in eius potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus alioquin et a coherede indigebit. l. 86 pr. D. eod. . . . negatumque, hoc casu necesse esse, sub contraria conditione filium exheredare. l. 1 § 8 D. si quis om. caus. test. (29. 4) . . . eiusmodi conditio

Indeſſen ließ auch dieſe Vorſchrift dem Teſtator immer noch ein Mittel in Händen, eine in Wahrheit auf alle Fälle gewollte Enterbung äußerlich wenigſtens als eine blos bedingt gewollte erſcheinen zu laſſen: wenn er eine Bedingung hinzufügte, über deren Exiſtenz oder Deficienz bei Lebzeiten des suus keine Gewißheit mehr eintreten konnte, hatte er in der Form die Härte der definitiven Ausſchließung vermieden und thatſächlich dennoch dieſelbe bewirkt. Wollte man auch dieſen Ausweg, ſeine Verfügung in ein günſtigeres Licht zu ſtellen, dem Teſtator verſperren, ſo mußte man, wie es geſchah, ſelbſt den sub conditione contraria exheredirten suus in dem Falle für prätexirt erachten, wenn er die Entſcheidung der Bedingung nicht mehr erlebte, geſtützt auf die Argumentation, daß derſelbe bei ſeinem Leben durch das Teſtament weder Erbe geworden noch enterbt ſei, für einen Verſtorbenen aber keine Berufung und keine Exheredation mehr eintreten könne[236]).

Als ein weiteres Mittel, der in der That unbedingt gewollten Enterbung den Schein einer nur bedingt gewollten zu geben, mußte auch die bloße Exheredation sub conditione betrachtet werden: denn wenn der suus nicht sub conditione contraria inſtituirt war, ſo lag es auf der Hand, daß er nach dem Willen des Teſtators in keinem Falle

---

pro pura debet haberi. l. 24 D. de lib. et post. (28. 2). Postuma sub conditione heres-instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum.

236) l. 28 pr. D. eod. Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis; dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. l. 29 § 10 D. eod. . . . frustra exheredabitur post mortem suam.

an der Erbschaft participiren sollte. Dieser war also nur bemüht gewesen, die Feindseligkeit seiner Disposition im Gefühl ihrer Ungerechtigkeit dadurch abzuschwächen, daß er der Enterbung äußerlich noch den Anschein der Ungewißheit gab. Um dem Testator die Möglichkeit zu entziehen, sich mit seinem Gewissen durch eine solche formelle Unbestimmtheit der Exheredation abzufinden, forderte man für dieselbe eine bestimmte Erklärung und verband mit der bedingten Enterbung des suus, ebenso wie mit seiner bedingten Einsetzung, die Wirkungen der Präterition[237]).

In dieser Weise war die römische Jurisprudenz bestrebt, den Testator beim schriftlichen Testament durch die Formen der Exheredation einem ähnlichen moralischen Zwange zu unterwerfen, wie er beim mündlichen Testament durch die Zeugen auf ihn ausgeübt wurde. Dem damit bereits anerkannten Grundsatze, daß das positive Recht Enterbungen nicht wie andere letztwillige Dispositionen zu begünstigen habe, gab man dann noch dadurch eine weitere Anwendung, daß man jeder Anordnung einer Exheredation, welche irgendwie mit dem Begriff derselben in Widerspruch trat, ihre Wirksamkeit entzog. Diese Strenge, der gemäß namentlich die exheredatio post mortem exheredati und post aditam hereditatem, sowie ex certa parte und ex certa re für nichtig erklärt wurde[238]),

---

237) l. 3 § 1 D. eod. Pure autem filium exheredari Julianus putat; qua sententia utimur. l. 18 pr. D. de b. p. contra tab. (37. 4). Sed sub conditione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet . . .; certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt.

238) l. 13 § 2 D. de lib. et post. (28. 2). Testamentum, quod hoc modo scribitur: Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est. l. 29 § 10 D. eod. — l. 3 § 2 D. eod. . . . vitiosa erit exheredatio, quemadmodum si ita eum

gewährte gleichfalls eine Garantie, daß eine Enterbung ihrer Bestimmung entsprechend nur da Platz griff, wo der suus durch seine Unwürdigkeit jeden Anspruch auf den Nachlaß verwirkt hatte, oder wo sich doch mit seiner Erbfolge entweder für die Familie des Erblassers oder für den suus selbst Gefahren verbinden würden, welche sich abwenden ließen, wenn man ihn auf andere Weise bedachte[239]).

Die feindselige Stellung, welche hiernach das ius civile gegen die Exheredation durch Formen und Beschränkungen einnahm, erfuhr noch eine Steigerung durch das prätorische Edict. Nachdem hier die emancipati ein gleiches Intestaterbrecht und damit eine gleiche Familienstellung wie die sui erhalten hatten, war es eine sich von selbst verstehende Consequenz, daß der Prätor auch für sie die Erbesernennung

exheredaverit: quisquis mihi erit heres, filius exheres esto. Nam, ut Julianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile. l. 68 D. de hered. inst. (28 5). — l. 19 D. de lib. et. post. (28. 2). Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: et in cetera parte exheres mihi erit, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur. Et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque esse causam institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.

239) Im Interesse der Familie konnte z. B. die Enterbung eines verschwenderischen suus geboten sein, um derselben die Erhaltung des Stammguts, von der ihr Glanz und Einfluß abhängig ist, zu sichern, Valer. Maxim. III. 5. 2. Vergl. Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 156. Das eigene Interesse des suus dagegen konnte seine Exheredation fordern, wenn ihn seine Jugend noch zur eigenen Vermögensverwaltung unfähig machte, l. 18 D. de lib. et post. (28. 2). Multi non notae causa exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant, utputa impuberibus, iisque fideicommissam heredidatem dant. l. 12 § 2 D. de bon. libert. (38. 2).

oder die Enterbung im Teſtament ihres Parens in Anſpruch nahm[240]). Dies war aber nicht die einzige Neuerung, welche das prätoriſche Edict bewirkte; es ſtellte auch hinſichtlich der sui neue Vorſchriften auf. Während von dieſen iure civili nur die Söhne nominatim zu enterben waren, Enkel und Töchter dagegen inter ceteros ausgeſchloſſen werden konnten, wollte der Prätor die erſte Enterbungsform bei allen Kindern männlichen Geſchlechts, sui wie emancipati, angewandt, die zweite dagegen auf die weiblichen liberi beſchränkt wiſſen[241]), ſo daß die nach civilem Recht inter ceteros gültig exheredirten Enkel und Urenkel iure praetorio als präterirt betrachtet werden ſollten. Und während nach ius civile blos der präterirte filius suus auf alle Fälle ſeine Inteſtatportion erhielt, die übrigen sui dagegen unter Aufrechthaltung der Vermächtniſſe und ſonſtigen Vergabungen nur den inſtituirten Erben zu einer beſtimmten Quote accrescirten, ſollte nach ius praetorium die Wirkung der Präterition für die nominatim und für die inter ceteros zu exheredirenden Perſonen keine verſchiedene mehr ſein, ſondern jedes präterirte Kind, das emancipirte wie das nicht emancipirte, durch die ihm gewährte b. p. contra tabulas den ihm ab intestato zufallenden Antheil am Nachlaß erlangen[242]). Um dieſes Reſultat herzuſtellen, bedurfte es aber nicht der nach civilem Recht

240) Ulpian. fragm. XXVIII. § 2. Contra tabulas bonorum possessio datur liberis emancipatis testamento praeteritis, licet legitimo iure non ad eos pertineat hereditas. § 4 . . . si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona quae moriente patre habuerunt, se collaturos.

241) Gaius II. 129. 135.

242) l. 8 § 14 D. de b. p. contr. tab. (37. 4) . . . Praeteri enim propositum est, quum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset . . .

bei der Präterition eines filius suus eintretenden Nichtigkeit des ganzen Teſtaments. Der Untergang derjenigen Verfügungen, welche den Nachlaß in keiner Weiſe zum Nachtheil des Präterirten vermindern konnten, war eine für dieſen ganz nutzloſe Folge. Wenn die Erbeinſetzungen, Vermächtniſſe und Freilaſſungen aufgehoben wurden, ſo konnten immerhin alle übrigen Dispoſitionen, namentlich Pupillarſubſtitutionen, Vormundſchaftsernennungen und Exheredationen ihre Geltung behalten[243]), da durch ſie dem Notherben nichts entzogen wurde. Es war daher angemeſſen, daß der Prätor mit der b. p. contra tabulas nur dieſe Wirkung verknüpfte.

Der Zweck der b. p. contra tabulas beſchränkte ſich hiernach nicht darauf, den veränderten Verhältniſſen gemäß die emancipirten Kinder unter die Notherben aufzunehmen, ſondern ſie hatte auch die Beſtimmung, die sui in eine günſtigere Lage zu bringen. Es iſt ſogar wahrſcheinlich, daß es erſt ein ſpäterer zweiter Schritt war, welcher ſie auf die emancipati erſtreckte, und daß ſie von vornherein ausſchließlich für die sui[244]) in Folge der Schriftlichkeit des Teſtamentes entſtand. So lange daſſelbe mündlich errichtet wurde, fehlte es an einem Anlaß, dem im ius civile aufgeſtellten Unterſchiede unter den männlichen sui entgegen zu treten, wenn er gleich der öffentlichen Meinung nicht mehr entſprach: denn die Zeugen gewährten dem nur inter ceteros zu exheredirenden Enkel in der That denſelben Schutz gegen eine pflichtwidrige Ausſchließung wie dem ihnen individuell

243) l. 13 pr. D. eod. l. 1—3. l. 5 § 6. l. 8 § 2. l. 10 §. 1. D. de legat. praest. (37.5). l. 22. l. 34 § 2. D. de vulg. subst. (28. 6). l. 8 pr. l. 10 § 5 D. de b. p. contr. tab. (37. 4). Die inſtituirten Notherben erhalten ebenfalls die b. p. contra tabulas und erben ſo mit den präterirten zuſammen, l. 8 § 11. 12. l. 10 § 3 D. eod.

244) Vgl. Leiſt, Die Bonorum Possessio Bd. 2 S. 78 ff.

zu bezeichnenden Sohn. Sobald es sich aber darum handelte, statt durch die Zeugen, durch die Formen der Exheredation auf das Gewissen des Testators zu wirken, konnte der Umstand, daß man im Leben alle männlichen sui als sich einander gleich stehende Personen betrachtete, nicht ohne Rückwirkung auf die hinsichtlich ihres Notherbenrechts geltenden Vorschriften bleiben. Es mußte jetzt die Anforderung entstehen, daß die Enterbung der Enkel in gleicher Form wie die der Söhne erfolge, und daß wenigstens im Resultat die Präterition bei ihnen dieselbe Wirkung habe wie bei diesen. Dieser Anforderung kam der Prätor durch die b. p. contra tabulas nach und erstreckte dieselbe dann später auch auf emancipirte Kinder, als man die Emancipation nicht mehr von nachtheiligen Folgen begleitet wissen wollte. Wenn er dabei für die Kinder weiblichen Geschlechts die Enterbung inter ceteros stehen ließ, so liegt darin ein deutliches Zeichen, daß seine Zeit dem männlichen Geschlechte noch immer einen Vorrang einräumte, und daß er daher dieser vorauseilte, wenn er demungeachtet der Präterition der Frauen dieselbe Wirkung beilegte wie der Präterition der Männer. Es vermochte sich deshalb auch diese Vorschrift jetzt noch nicht in Geltung zu erhalten. Durch ein Rescript des Kaisers Antoninus wurde bestimmt, daß Frauen durch die b. p. contra tabulas nicht mehr erlangen sollten, als was nach civilem Accrescenzrecht präterirte suae erlangten [245]).

Wir haben jetzt die Ausbildung kennen gelernt, welche das Institut der Exheredation durch die Jurisprudenz und den Prätor erfuhr, um nach Einführung des schriftlichen Testaments der Familie des Testators den Schutz zu ersetzen, welchen ihr die mündliche Testamentsform gewährt hatte.

245) Gaius II. 124—127.

Der Versuch, auf diesem Wege das Ziel zu erreichen, konnte nach der Natur der Sache nur einen sehr unvollkommenen Erfolg haben. Das Princip des blos formellen Schutzes setzt zu seiner Wirksamkeit die Oeffentlichkeit des letzten Willens voraus; mit der Heimlichkeit des Testaments mußte es eine Einbuße erleiden, die auch seine sorgfältigste weitere Entwicklung nicht auszugleichen im Stande war. Denn welche Formen man auch für die Enterbung aufstellen mochte, und wie geeignet diese auch an sich waren, auf den Testator zu influiren, gegenüber dem mächtigeren Einfluß, welchen Personen auf ihn auszuüben vermochten, mußten sie ihre Bestimmung verfehlen: wo Einflüsterungen und Aufreizungen in dem Testator den Willen, sein Kind zu enterben, erzeugten[246]), da ließ sich wohl von dem beredten Wort der Zeugen eine Sinnesänderung erwarten, die bloßen Formen aber, in denen er seine Entschließung zu erklären hatte, erwiesen sich nothwendig als machtlos. Diese Erfahrung konnte nicht ausbleiben.

Es war daher natürlich, daß sich die römische Jurisprudenz, als für Frauen die Möglichkeit zu testiren entstand[247]), bei der Frage, ob auch sie zur Enterbung ihrer Kinder verpflichtet seien, einfach an die Consequenz des Rechts hielt und sie dieser gemäß ebenso verneinte wie beim Testament der Kinder hinsichtlich der Eltern. Das Verhältniß, in welchem Kinder zum Vermögen ihrer Mutter standen und Eltern zum Vermögen ihrer Kinder, hatte nichts gemein mit dem Verhältniß der liberi zum Vermögen ihres Paterfamilias, die dasselbe bis zu dessen Tode oder doch bis zu ihrer Emancipation

246) l. 3 D. de inoff. testam. (5. 2) . . . falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt. l. 4 D. eod. quod plerumque faciunt . . . novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.

247) Vgl. Note 195.

miterwarben und aus diesem Grunde etiam vivo patre quodammodo domini existimantur[248]). Die Argumentation, auf welche sich das Erforderniß der Exheredation für diese stützte, griff daher für jene nicht Platz. Von ihr ausgehend konnte man nur zu dem Satze gelangen, daß die Mutter ihre Kinder und das Kind seine Eltern, obwohl sie die nächsten Intestaterben gewesen wären, durch bloße Präterition von der Erbschaft ausschließen müsse[249]). Wenn man diesen Satz in Geltung treten ließ, so geschah es selbstverständlich nicht, weil die Römer in diesen Fällen auch an einer pflichtwidrigen Ausschließung keinen Anstoß nahmen[250]), sondern weil ihre Juristen sich bereits anderweitig überzeugt hatten, daß bei der Schriftlichkeit des Testaments eine solche Pflichtwidrigkeit auch durch die Vorschrift der Enterbung, aller ihrer Formalitäten ungeachtet, nicht zu verhindern sei. Durch den Anspruch auf Exheredation konnte jetzt, so lange sie keines gerechtfertigten Grundes bedurfte, Niemand etwas gewinnen, sondern Jeder nur in eine nachtheiligere Lage kommen, da die Exheredation verletzender war als die Präterition.

Wollte man die nächsten Familienglieder gegen die Krän-

---

248) Vgl. Note 11.

249) §. 7 J. de exher. liber. (2. 13). Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos omittere: nam silentium matris aut avi materni ceterorumque per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit; sed aliud iis adminiculum servatur... l. 4 § 2 D. de bon. poss. c. t. (37. 4).

250) Plinius epist. VIII. 18. Quo laudabilius testamentum est, quod pietas, fides, pudor scripsit; in quo denique omnibus affinitatibus pro cuiusque officio gratia relata est, relata et uxori.

kung willkürlicher Zurücksetzung im Testament in Schutz nehmen, so mußte man überhaupt mit dem Princip des blos formellen Schutzes brechen und den sittlichen Anspruch auf ihre angemessene Berücksichtigung zu einem Rechtsanspruch erheben, welcher eben so sehr im Fall der pflichtwidrigen Exheredation wie der pflichtwidrigen Präterition die Theilnahme an der Erbschaft sicherte. Der Weg, auf dem es im römischen Recht zu einem solchen materiellen Schutz der Familie gegen die Impietät des Testators kam, war demjenigen gleich, auf welchem der sittliche Anspruch des Fideikommissars gegen den treulosen Fiduciarius zu rechtlicher Geltung gelangte. Es war auch hier nicht die Gesetzgebung, welche Hülfe gewährte, sondern die Macht der richterlichen Cognition. Wie Augustus den Klagen des Fideicommissars von vornherein nur in einzelnen Fällen besonderer Perfidie Gehör schenkte, indem er ihm durch die Consuln einen factischen Schutz zu Theil werden ließ, der sich erst allmählich zu einem allgemeinen Rechtsschutze gestaltete [251]), so fanden auch Klagen über pflichtwidrige Enterbung oder Präterition zuerst nur eine factische Berücksichtigung durch das für Erbschaftssachen competente Centumviralgericht [252]), und es bedurfte einer langen Praxis desselben, ehe sich über die querela inofficiosi testamenti constante Normen bildeten, welche den Anspruch der Familie des Testators auf dessen werkthätige Liebe aus dem Gebiet der Pietät in das Rechtsgebiet versetzten.

Um das Ende der Republik scheinen die Centumvirn eine Querel dieser Art überhaupt noch nicht berücksichtigt

---

251) Vgl. Note 207.

252) Vgl. Valerius Maximus VII. 7, 1. 2. Plinius epist. VI. 33. l. 13. 17 D. de inoff. testam. (5. 2).

zu haben[253]). Handelte es sich doch darum, einem zu Recht bestehenden Testament seine Wirksamkeit lediglich nach subjectivem Ermessen zu entziehen, dieses prävaliren zu lassen über die von Jedem heilig und unverletzbar gehaltenen Anordnungen eines Verstorbenen. Einem solchen Schritt mußten sich nothwendig schwere Bedenken entgegenstellen, die nur zum Schweigen zu bringen waren, wenn nach wiederholten Fällen der schreiendsten Lieblosigkeit schließlich die allgemeine Stimme für die gekränkten Familienglieder Genugthuung und Hülfe verlangte. Dieser Anforderung lag die aus dem sittlichen Gefühl fließende Betrachtung zu Grunde, daß die Natur den nächsten Familiengliedern des Testators einen Anspruch auf dessen Fürsorge giebt, welcher ihre Ausschließung vom Nachlaß als pflichtwidrig verbietet, falls sie nicht durch ihre allgemeine Indignität oder durch specielle Verschuldung gegen den Erblasser das Band, welches sie mit diesem verknüpft, selbst zerrissen und dadurch ihr natürliches Anrecht verwirkt haben. Diese allgemein menschliche Betrachtung wollte die öffentliche Meinung berücksichtigt wissen[254]).

---

253) Cicero in Verrem II. 1. c. 42. Jure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum; quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret. Wahrscheinlich half auch hier zuerst Augustus, und dem Beispiel des Kaisers folgten dann die Prätoren und schließlich das Centumviralgericht. Bei Valerius Maximus (VII. 7, 3. 4. 5.) werden zwei Fälle berichtet, in denen Augustus exheredirten und präterirten Kindern durch Decret die Erbschaft gewährte, und ein dritter, wo der Prätor Calpurnius Piso dem enterbten Vater die bonorum possessio ertheilte und den Testamentserben die Erbschaftsklagen versagte.

254) Sie dient denn auch von vornherein zur Rechtfertigung der gewährten Hülfe, Valer. Maxim. VII. 7, 2. 5 . . . Sed artissimum inter homines procreationis vinculum patris voluntatem . . . superavit.

Es entstand daher, als die Centumvirn in Folge dessen Klagen wegen Inofficiosität eines Testaments ihrer Cognition unterwerfen mußten, für die römische Jurisprudenz die Aufgabe, jener sittlichen Anschauung eine Gestalt zu geben, in der sie sich dem Rechtssystem einfügen ließ. Dies war nothwendig, wenn die Querel nicht dauernd ein blos factisches, jeder rechtlichen Grundlage und jeder Theorie entbehrendes Schutzmittel bleiben sollte.

Ging man, wie es natürlich war, davon aus, daß es sich hier nicht um einen absoluten Anspruch der Familie handelte, sondern um einen solchen, der durch ihre Würdigkeit bedingt war, so ergab sich zunächst so viel, daß, wer sich über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments beschweren wollte, seine unverdiente Exheredation oder Präterition behaupten mußte[255]), und daß demgemäß das Verfahren im Inofficiositätsproceß auf die Frage zu richten war, ob den Testator in der That eine falsche Meinung über den Kläger zur Ausschließung desselben bestimmte. Es mußten also die Beschuldigungen, welche gegen seine ganze Persönlichkeit oder wegen seines Verhaltens zum Erblasser erhoben und für diesen bestimmend waren, einer eingehenden Prüfung unterzogen[256]) und von dem Resultat derselben die Entscheidung über die Inofficiosität des Testaments abhängig gemacht werden. Insoweit hiernach ein Urtheil über den sittlichen Werth des Klägers abzugeben war, konnte man sich ohne Weiteres auf rechtlichen Boden bewegen. Denn in dieser Beziehung mußten selbstverständlich die Grundsätze über die Ehrenminderung zur

— Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis . . .

255) l. 3 D. de inoff. test. (5. 2). Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit.

256) l. 22 §. 1 D. eod. . . . de meritis filii agitur.

Anwendung kommen[257]). Für die Beurtheilung der Handlungsweise des Teſtators fehlte es dagegen an einer unmittelbaren juriſtiſchen Baſis. Wenn man dieſe für inofficiös erachten mußte, weil ſie dem officium pietatis widerſprach, ſo war damit nur ein ſittliches Urtheil über den Teſtator gewonnen[258]). Es ſtand feſt, daß er das natürliche Geſetz der Liebe verletzt hatte, aber dieſe Verletzung war als ſolche keine Rechtsverletzung, für die allein der Schutz des Richters eintreten durfte. Es mußte daher ein Geſichtspunct aufgefunden werden, aus welchem ſich die Pflichtwidrigkeit des Teſtators zugleich als eine Rechtswidrigkeit darſtellte. Zu dieſem Zweck hatte man ſich nur zu vergegenwärtigen, daß die öffentliche Meinung die Exheredation oder Präterition eines nächſten Verwandten als eine Strafe für ſchwere Verſchuldung und demzufolge den Ausgeſchloſſenen als eine Perſon betrachten mußte, deren Ehrenhaftigkeit mit gutem Grunde in Zweifel gezogen werden durfte. Denn bei dieſer Erwägung charakteriſirte ſich die ſittliche Pflichtwidrigkeit des Teſtators rechtlich als das Delict der Ehrenkränkung[259]).

Daß dies Delict in anderen Fällen nach dem Tode des Schuldigen nicht mehr verfolgbar war[260]), konnte um deswillen nicht in Betracht kommen, weil es hier vor demſelben überhaupt noch nicht exiſtirte, ſondern ſich erſt mit

257) Vgl. c. 11 C. de inoff. test. (3. 28).

258) pr. J. de inoff. test. (2. 18). . . . recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis.

259) l. 4 D. de inoff. test. (5. 2). Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt. l. 8 pr. D. eod. . ipsius enim iniuria est. l. 22 pr. D. eod. . nam indignatio filii est. l. 18 D. de liber. et post. (28. 2). . notae causa exheredant filios. c. 10 C. de test. milit. (6. 21). . exheredationis notam infligit. l. 1 § 8 D. si quid in fraud. patr. (38. 5).

260) l. 13 pr. D. de iniur. (47. 10).

dem Moment verwirklichte, wo das Teſtament in Kraft trat. Dieſes, durch welches der Erblaſſer auch noch nach ſeinem Tode zu handeln vermochte, war es, welches den Ruf des Klägers gefährdete. Es lag hier alſo eine Ehrenkränkung vor, deren ſich der Erblaſſer erſt nach ſeinem Tode ſchuldig gemacht hatte. Wenn nun das Recht ihm ſelbſt, falls er in dieſer Zeit noch Injurien erlitt, die Genugthuung nicht verſagte[261]), ſo konnte auch die Einräumung eines gleichen Anſpruchs gegen ihn nicht ungerechtfertigt erſcheinen. Es fragte ſich nur, in welcher Weiſe dieſem Anſpruch hier zu genügen ſei. Einer Klage auf Privatſtrafe, welche ſonſt bei Verletzungen der Ehre Platz griff, ſtand der Umſtand entgegen, daß die Strafe den Thäter nicht mehr treffen und ihrer Natur nach auch nicht auf ſeine Teſtamentserben übergehen konnte[262]). Man mußte alſo ein anderes Ziel für die Querel aufſuchen. Dazu bot die Art und Weiſe, wie regelmäßig inofficiöſe Teſtamente entſtanden, einen geeigneten Ausgangspunkt. Gemeiniglich hatten böswillige Verdächtigungen ferner ſtehender Perſonen, um ſich oder Andern eine Stelle im Teſtament zu verſchaffen, den Erblaſſer zur Ausſchließung ſeiner nächſten Angehörigen beſtimmt. Es waren alſo falſche Motive bei ſeiner Dispoſition maßgebend geweſen, und dieſe Motive waren durch Eingebungen veranlaßt, welche den Teſtator, indem ſie ſeinen Zorn und Haß erregten, zu blinder Leidenſchaft hingeriſſen hatten[263]). Zog man dies in Betracht,

261) l. 1 § 6 D. de iniur. (47. 10). ... si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, acquiri hereditati actiones non dubium esse ... l. 3 § 2 D. eod. ... pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest.

262) l. 20 D. de poenis (48. 19). ... quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

263) Siehe Note 246. Vgl. auch Plinius epist. VI. 33 über die Enterbung der Accia Variola.

ſo erwies ſich die unnatürliche Verfügung des Teſtators als eine ſolche, welche er ohne Herr ſeines Willens zu ſein getroffen hatte. Die Genugthuung für die Verletzten konnte daher, wenn ſie der Sachlage, nach welcher der Teſtator rückſichtlich jener Verfügung einem Wahnſinnigen gleich zu achten war[264]), entſprechen ſollte, keine andere ſein, als daß man ihnen gegenüber dem Teſtament ſeine Wirkſamkeit entzog und dadurch die Inteſtaterbfolge für ſie eröffnete[265]).

Nachdem die römiſche Jurisprudenz in dieſer Weiſe aus den Folgen, welche ſich mit der Liebloſigkeit des Teſtators für die Seinigen verbanden, eine Ehrenkränkung, und aus ihren Urſachen den Anſpruch, welchen dieſe nach ſich ziehen müſſe, hergeleitet hatte, war für die Querel ein rechtliches Fundament gewonnen, welches die weitere Ausbildung ihrer Theorie auf dem Wege der Analogie und juriſtiſchen Conſequenz ermöglichte. Es ſtellte ſich hiernach das durch die Querel verfolgte Recht als ein Inteſtaterbrecht dar, welches ſeinen Grund hatte in der Inofficioſität des Teſtaments, inſofern dieſe für den Kläger eine Verletzung ſeiner Ehre involvirte, die bei der Integrität deſſelben nur auf die Leidenſchaftlichkeit des Teſtators zurückgeführt werden konnte, und die deshalb die Behauptung des Klägers rechtfertigte, daß der Teſtator ihm gegenüber, einem Wahnſinnigen gleich, als eine teſtirunfähige Perſon behandelt werden müſſe[266]). Die Querel ſelbſt war demgemäß eine hereditatis petitio intestati ex causa inofficiosi[267]), bei welcher der Kläger, dieſer Cauſa entſprechend,

264) l. 5 D. de inoff. test. (5. 2). . . . videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret.

265) l. 6 § 1 D. eod. . . . nam intestatum patremfamilias facit.

266) l. 17 § 1 D. eod. Quum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.

267) l. 20 pr. D. de bon. poss. c. t. (37. 4). . . . sed ad here-

jene Behauptung aufzustellen und durch den Nachweis seiner unverdienten Ausschließung in der Weise zu bewahrheiten hatte, daß er die Unrichtigkeit der Gründe darthat, durch welche der Testator bestimmt war[268]). Der Zweck der Querel war nach ihrem Grunde Genugthuung für die verletzte Ehre des Klägers, das Mittel, welches sie ihm dazu gewährte, die Verfolgung seines Intestaterbrechts[269]). Aus jenem Zweck und aus der Natur des Mittels, welches ihm diente, ließen sich die weiteren Bedingungen und Folgen der Querel mit Leichtigkeit feststellen.

Der Zweck der Querel mußte namentlich für die specielleren Erfordernisse ihrer Begründung und für ihre Verjährung maßgebend sein. Begründet und zuständig konnte sie nach ihm nur unter der Voraussetzung erscheinen, daß das Testament gültig, und daß es in Wirksamkeit getreten war. Falls seine Gültigkeit in Abrede gestellt werden konnte, und so lange der instituirte Erbe noch nicht angetreten hatte, fehlte es an einem inofficiösen Testament; die Anstellung der Querel mußte daher im ersten Falle überhaupt[270]), im letzten

---

ditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae. c. 34 C. de inoff. test. (3. 28). . . . hereditatis petitione eo nomine de inofficioso constituta . . .

268) l. 5 D. de inoff. test. (5. 2). . . . Huius autem verbi de inofficioso vis illa, ut dixi, est, docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum; resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret. l. 2 D. eod. . . . Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum. c. 28 C. de inoff. test. (3. 28).

269) Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 S. 131.

270) §. 2 J. de inoff. test. (2. 18) . . . ita demum de inofficioso

wenigſtens zur Zeit[271]) ausgeſchloſſen ſein. Hinſichtlich der Verjährung kam aber in Betracht, daß der Zweck der Querel die Anfechtung des Andenkens eines Verſtorbenen involvirte, ähnlich denjenigen Klagen, welche über den Status einer Perſon nach ihrem Tode angeſtellt wurden[272]); dieſe Analogie wies daher für ſie auf eine fünfjährige Verjährungsfriſt hin[273]). Dieſelbe Erwägung ward dann auch für die Frage entſcheidend, wie es zu halten ſei, wenn ſich innerhalb des Centumviralgerichts die Stimmen über die Inofficioſität des Teſtaments theilten. Die Regel, nach welcher ſonſt in ſolchem Falle zu Gunſten des Beklagten entſchieden werden mußte[274]), ließ ſich hier nicht anwenden, da es ſich um dieſen überhaupt nicht handelte, ſondern um den Teſtator und deſſen Verfahren[275]). Es bedurfte deshalb hierüber einer ſpeciellen Beſtimmung, die bei der dem Andenken Verſtorbener ſchuldigen Rückſicht dahin erfolgte, daß die Anſicht derjenigen Richter zum Urtheil zu erheben ſei, welche ſich für das Teſtament ausgeſprochen hätten[276]).

---

testamento agere possunt, si nullo alio iure ad bona defuncti venire possunt. c. 4 pr. C. de liber. praet. (6. 28). ... ultimum adiutorium de inofficiosi querela positum est, et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit . . .

271) l. 8 § 10 D. de inoff. test. (5. 2) ... Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

272) l. 2 pr. D. ne de statu defunct. (40. 15). Non esse libertatis quaestionem filiis inferendam propter matris vel patris memoriam post quinquennium a morte non retractatam convenit.

273) l. 8 § 17 l. 9 D. de inoff. test. (5. 2). c. 36 §. 2 C. eod. (3. 28).

274) l. 38, 39 D. de re iudic. (42. 1).

275) Valer. Maxim. VII. 7, 2 ... in iudicio ... cum parentis cineribus negotii fuit.

276) l. 10 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam

Alle weiteren wesentlichen Fragen mußten aus der Natur der Querel als hereditatis petitio intestati ihre Beantwortung finden. Zunächst ergaben sich aus ihr die Bedingungen ihrer Vererblichkeit. Hätte man in dieser Beziehung von dem Zweck der Klage ausgehen und diesem gemäß wie bei andern actiones vindictam spirantes den Uebergang auf die Erben des Klägers von der Litisconteſtation abhängig machen wollen[277]), ſo würde man gegen das Weſen des Rechtes verſtoßen haben, durch deſſen Einräumung in dieſem Fall die Genugthuung gewährt werden ſollte. Dies Recht war ein Erbrecht, deſſen Ausübung durch bloße Willenserklärung erfolgte, durch hereditatis aditio oder Erbittung der bonorum possessio, und wenn letztere auch nur litis ordinandae gratia ertheilt werden konnte[278]), ſo durfte doch die Transmiſſion hier ſo wenig wie ſonſt durch die Klaganſtellung bedingt werden, zumal für dieſe, wenn ſich der zur Querel Berechtigte im Beſitz der Erbſchaft befand, überhaupt die Veranlaſſung fehlte[279]). Es konnte vielmehr auch hier nur darauf ankommen, ob die ex causa inofficiosi deferirte Inteſtaterbſchaft vom Delaten durch Antritt oder Agnition beim Prätor acquirirt war oder nicht. In jenem Falle mußte ſie nach allgemeinen Grundſätzen auf die Erben transmittirt werden, in dieſem dagegen mußte die Delation wie überall mit dem Tode des

---

dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

277) §. 1 J. de perp. et temp. act. (4. 12).

278) l. 8 pr. D. inoff. test. (5. 2). . . . si filius post agnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit . . .

279) l. 8 § 13 D. eod. Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Delaten erlöſchen[280]). Allerdings ſtand hier regelmäßig zu erwarten, daß die inſtituirten Erben die Inofficioſität des Teſtaments und damit das auf dieſe geſtützte Inteſtaterbrecht beſtreiten würden, allein ein ſolcher Streit konnte ſelbſtverſtändlich die Acquiſition nicht etwa bis zu entſchiedener Sache hindern; im Gegentheil es ſetzte dieſer wie jeder anderweitige Prozeß über die hereditatis petitio den Antritt voraus. Es beſtand hier weiter kein Unterſchied, als daß das Erbrecht nicht unmittelbar auf Grund der geſetzlichen Berufung, ſondern auf Grund der Inofficioſität des Teſtaments in Anſpruch genommen und demgemäß im Urtheil durch den Ausſpruch anerkannt wurde, daß das Teſtament dem Kläger gegenüber unwirkſam ſei[281]). Dieſe ſeine abweichende Begründung konnte der Delation nicht entgegenſtehen und deshalb auch die Acquiſition auf dem gewöhnlichen Wege nicht ausſchließen[282]).

---

280) c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51). ... hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur. l. 6 § 2 D. de inoff. test. (5. 2). Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis.

281) l. 8 § 16 D. de inoff. test. (5. 2). Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est.

282) Ueberdies war es keine Nothwendigkeit, daß ein Proceß über die Inofficioſität des Teſtaments eintrat; wo dieſe keinem Zweifel unterlag, konnten die inſtituirten Erben nicht zu ihrem Nachtheil mit dem Ausgeſchloſſenen über ſein Recht ſtreiten wollen. Sie mußten daſſelbe hier verſtändiger Weiſe freiwillig anerkennen, aus demſelben Grunde, aus welchem z. B. extranei heredes die Erbſchaft repudiiren mußten, wenn ihnen ein prätcrirter emancipatus mit der b. p. contra tabulas gegenüber ſtand, l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4). ... Quodsi hi repudiaverint hereditatem — quod facile sunt facturi,

Eine besondere Bestimmung erwies sich nur für den Fall als nothwendig, wenn der zur Querel Berechtigte ein heres suus war. Bei ihm bedurfte es zum Erwerb der Erbschaft weder des Antritts noch der Agnition beim Prätor. Von dem Eintreten eines dieser beiden Acte konnte daher die Transmission hier nicht abhängig gemacht werden. Ebensowenig war es aber auch zu rechtfertigen, sie stets ohne Weiteres erfolgen zu lassen: denn es handelte sich hier um eine Unbill, die ihrer Natur nach nicht gegen den Willen desjenigen, dem sie zugefügt war, verfolgt werden durfte[283]). Es mußte sich deshalb die Transmission der Querel auf die Erben eines grundlos exheredirten suus an dessen unzweideutige Erklärung knüpfen, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, sei es daß er schon mit Anstellung der Klage gedroht, oder daß er sonst durch Wort und That dieselbe vorbereitet hatte. Eine solche Erklärung konnte nun aber auch von einem freiwilligen civilen oder prätorischen Erben erfolgt sein; es mußte daher alsbald die Frage entstehen, ob sie auch bei ihm geeignet sei, die Querel auf seine Erben zu transmittiren. Ueber ihre Beantwortung waren kaum besondere Zweifel möglich: wenn man in Erwägung zog, daß jene Erklärung auch den zur Agnition der hereditas oder bonorum possessio erforderlichen Willen enthielt, so konnte man keinen Anstand nehmen, sie zu bejahen[284]). Justinian ging sogar noch weiter. Nach

nihil laturi ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem. . . .

283) l. 8 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit, inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo; ipsius enim iniuria est.

284) l. 7 D. eod. Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus; et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria,

Analogie der transmissio Theodosiana bestimmte er, daß Kinder die Querel auf ihre Descendenten ohne jegliche Vorbereitung transmittiren sollten, sofern sie vor dem Antritt des Testamentserben, also ohne die Möglichkeit, klagend auftreten zu können, gestorben seien[285]).

Wie jedes andere so mußte nothwendig auch das ex causa inofficiosi erworbene Erbrecht dem Delaten eine alternative Befugniß gewähren, nämlich die, nach seiner Wahl anzutreten oder zu repudiiren, und wie sonst, so mußte auch hier durch ausdrückliche wie stillschweigende Repudiation[286]), insbesondere also durch Anerkennung des inofficiösen Testaments, der Untergang der Delation herbeigeführt werden[287]). Dieser Untergang, mag er durch Repudiation

et aditio hereditatis supervacua sit, is, si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denuntiationem, vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet; idque Divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Quid ergo, si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus. l. 6 § 2 D. eod. ... Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire.

285) c. 36 § 2 C. de inoff. test. (3. 28). ... In medio tamen tempore, id est a morte quidem testatoris sed ante aditam hereditatem si decesserit filius, huiusmodi querelam, licet se non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem. c. 34 C. eod. Vgl. c. un. C. de his qui ante apert. tab. (6. 52).

286) l. 95 D. de A. v. O. H. (29. 2). Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.

287) l. 17 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti ... l. 12 § 1 D. eod. Si a statulibero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri agnovisse parentis iudicium. l. 8 § 10 D. eod. ... ab inofficiosi querela excludatur; agnovit enim iudicium. l. 31 pr. § 1 D. eod.

des Delaten oder durch ſeinen Tod erfolgt ſein, bewirkt auf dem Gebiet des Inteſtaterbrechts für die gleichzeitigen Delaten das Accrescenzrecht, wenn aber dieſe ſämmtlich weggefallen ſind, eine ſucceſſive Delation an diejenigen Perſonen, welche das Geſetz nach ihnen beruft; bei der Querel, da ſie zur Verfolgung eines Inteſtaterbrechts diente, konnte es nicht anders ſein. Wo mehren Perſonen dieſes Erbrecht zuſtand, mußte gleichfalls beim Ausfall einer derſelben deren Inteſtatportion den übrigen accresciren[288]), und wenn die Delation bei allen erloſch, mußte die Querel durch eine neue Delation an diejenigen gelangen, welche nach ihnen einen Anſpruch auf dieſelbe hatten[289]). Dieſe ſucceſſive Delation rechtfertigte ſich überdies durch das natürliche Verhältniß des Teſtators zu ſeinen Angehörigen. Wenn er etwa ſeine Kinder glaubte rechtmäßig enterben oder übergehen zu können, ſo mußte er nach der Stimme der Natur den Eltern ſeine Zuneigung zuwenden. Wo er ihnen Fremde vorgezogen hatte, traf ſein Teſtament ſtets noch der Vorwurf der Inofficioſität. Es konnte alſo nicht als eine Aufgabe des Rechts erſcheinen, für ſeine Aufrechthaltung Sorge zu tragen, ſondern ſeiner Pflichtwidrigkeit wegen verdiente es überhaupt nicht zu exiſtiren. Das römiſche Recht arbeitete deshalb durch die Annahme des Accrescenzrechts und der ſucceſſiven Delation auf ſeinen völligen Untergang hin. Zu einer gänzlichen Reſciſſion des Teſtaments, der zu Folge der Antritt der in-

288) l. 23 § 2 D. eod. Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit. Idemque erit et si tempore exclusus sit. l. 18 D. eod.

288) l. 31 pr. D. eod. Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est; et placuit, posse, ut fiat successioni locus. l. 14 D. eod.

ſtituirten Erben als nicht geſchehen zu betrachten[290]) und auch der übrige Inhalt des letzten Willens hinfällig war[291]), konnte es aber nach der Natur der Querel nur dann kommen, wenn alle zur Querel berechtigten Inteſtaterben von der Erbſchaft ausgeſchloſſen waren. Die Querel gewährte dem Kläger nur ſeine Inteſtatportion. Dieſe ſollte er trotz des Teſtaments verfolgen können, und deshalb, ſoweit es ſein Anſpruch mit ſich brachte, die Reſciſſion deſſelben eintreten. Wo ſich dieſer Anſpruch nicht von vornherein oder doch nachträglich vermöge des Accrescenzrechts auf die ganze Erbſchaft erſtrecken konnte, weil ſich im Teſtament gleichberechtigte Inteſtaterben eingeſetzt fanden, vermochte daher die Querel ſtets nur eine theilweiſe Reſciſſion deſſelben zu bewirken[292]), und es ließ ſich hier nicht als ein innerer Widerſpruch betrachten, daß der Erblaſſer als pro parte testatus, pro parte intestatus verſtorben erſchien[293]).

Von vornherein mochten es wohl nur Eltern und Kinder unternehmen, gegen ein liebloſes Teſtament Beſchwerde zu erheben, und auch ſie nur in dem Fall, wenn ihnen gar nichts aus dem Nachlaß zugewandt war. Im Lauf der Zeit konnte es aber nicht ausbleiben, daß auch entferntere Ver-

290) l. 21 § 2 D. eod. Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset . . . l. 8 § 16 D. eod. c. 22 C. de inoff. test. (3. 28).

291) l. 28 D. eod. . . . nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. l. 26 D. eod. l. 1, 2 D. de cond. causa data (12. 4).

292) l. 19 D. eod. . . . filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset — secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur. l. 8. § 8 D. eod. c. 13 C. de inoff. test. (3. 28).

293) l. 15 § 2 D. eod. . . . nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

wandten mit der Querel aufzutreten versuchten, und daß man dieselbe auch dann für begründet hielt, wenn sich die Lieblosigkeit des Testators in dem Betrage der Zuwendung documentirte, diese also überhaupt nur in der Absicht gemacht zu sein schien, um die Anfechtung des Testaments zu vereiteln. Es entstand daher auch nach diesen beiden Richtungen das Bedürfniß bestimmter Normen: es mußte festgestellt werden, welchen Personen überhaupt das Recht auf die Querel einzuräumen sei, und wie viel ihnen der Testator, um die Klage auszuschließen, zu hinterlassen habe.

Bei der Bestimmung der berechtigten Personen konnte, da es sich um eine Liebespflicht gegen sie handelte, nur das natürliche Verwandtschaftsverhältniß maßgebend sein. Innerhalb desselben erweist sich das Band zwischen Ascendenten und Descendenten als das innigste, welches überhaupt Menschen mit einander verknüpfen kann; ohne die Stimme der Natur zu verleugnen, läßt sich keinem anderen vor ihm der Vorzug einräumen. Daß Kindern und Eltern die Querel zustehen müsse, wen der Testator ihnen auch vorgezogen haben möge, darüber konnte man also nicht zweifelhaft sein[294]), ebensowenig aber auch darüber, daß die Zuständigkeit der Klage nicht von der agnatischen Verwandtschaft abhängig gemacht werden dürfe, obwohl diese innerhalb der Intestaterbfolge noch das Uebergewicht hatte. Die Wirkungen dieses Umstandes mußten sich darauf beschränken, daß die blos cognatisch mit dem Testator verwandten Kinder oder Eltern einen Anspruch auf die Querel in dem Fall nicht zu erwerben

294) l. 1 D. inoff. test. (5. 2). ... omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. l. 31 § 1 D. eod. Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

vermochten, wenn andere Perſonen wegen ihrer agnatiſchen Verwandtſchaft ein näheres Inteſtaterbrecht hatten[295]). Hier war jenen durch das Teſtament nichts entzogen worden, alſo konnte auch von einer Pflichtwidrigkeit deſſelben nicht die Rede ſein. Wo aber Kinder oder Eltern als bloße Cognaten die nächſten Inteſtaterben geweſen wären, da verletzte ihre Ausſchließung im Teſtament das officium pietatis in demſelben Maße, wie wenn ſie dies als Agnaten geweſen wären.

Man konnte hiernach nur zu dem allgemeinen Grundſatz gelangen, daß die Querel jedem zur Inteſtaterbfolge berufenen Deſcendenten ſowohl gegen den Vater und die väterlichen Aſcendenten[296]), wie gegen die Mutter und die mütterlichen Aſcendenten zu gewähren ſei[297]), und ebenſo jedem zur Inteſtaterbfolge berufenen Aſcendenten gegen den entfernteſten Deſcendenten[298]). Nur über die Querel des Adoptirten gegen den leiblichen Vater war man verſchiedener Anſicht[299]),

---

295) c. 2 C. Th. de inoff. test. (2. 19). ... si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat ... ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sint superstites. Vgl. Note 91.

296) §. 2 J. de inoff. test. (2. 18). Postumi quoque, qui nullo alio iure (ad bona defuncti) venire possunt, de inofficioso agere possunt.

297) l. 6 pr. D. eod. ... sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. l. 29 § 1 D. eod. De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt. c. 9 C. de suis et legit. liber. (6. 55).

298) l. 15 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.

299) c. 10 pr. C. de adopt. (8. 48). Quum in adoptivis filiis, qui filiifamilias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a patre naturali fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem, quam Papinianus quidem negat,

weil dieſem durch die Adoption ein anderer Vater zugewieſen wurde, ein Umſtand, der indeſſen die Uebereinſtimmung darüber nicht ausſchloß, daß gegen den Adoptirten neben dem Adoptivvater auch dem leiblichen Vater die Querel eingeräumt werden müſſe [300]): dieſer hätte ſonſt einen Anſpruch ganz verloren, für welchen das Adoptivkind durch ſein Recht gegen den Adoptivvater auf alle Fälle einen Erſatz erhielt. Daß die Adoption die Frau des Adoptivvaters überhaupt nicht berühren, andererſeits aber auch das Verhältniß des Adoptivkindes zur leiblichen Mutter und deren Ascendenten nicht verändern konnte, verſtand ſich von ſelbſt; ebenſo, daß der vom Adoptivvater Emancipirte wieder in das Kindesverhältniß zu ſeinem leiblichen Vater zurücktreten mußte, während das durch den Tod des Adoptivvaters sui iuris gewordene Kind keinen Anſpruch gegen den leiblichen Vater erhalten durfte, da es das ihm Gebührende ſchon aus dem Nachlaß des Adoptivvaters empfangen hatte. Mit dem von Juſtinian eingeführten Unterſchied der adoptio plena und minus plena erledigte ſich auch der Streit über die Querel des Adoptirten gegen den leiblichen Vater: der minus plene adoptatus erhielt ſie nur

---

Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat.

300) l. 30 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest. Dieſe Stelle bezieht ſich einerſeits auf den Fall, wenn der Sohn während der Adoption über ſeine bona castrensia teſtirte, und zwar zu einer Zeit, wo er die militäriſchen Privilegien nicht mehr hatte (l 8 § 3. 4 D. eod.), andererſeits aber auch auf den Fall, wenn er nach dem Tode ſeines Adoptivvaters ein Teſtament machte. Durch dieſen trat er nicht in das Kindesverhältniß zum leiblichen Vater zurück, wie dies durch Emancipation von Seiten des Adoptivvaters geſchah.

gegen dieſen, weil er trotz der Adoption keinen andern Vater bekommt[301]), der plene adoptatus und ebenſo natürlich der arrogatus nur gegen den Adoptivvater, ſo lange ihr Kindesverhältniß zu dieſem beſteht[302]). Gegen den plene adoptatus und arrogatus verblieb aber die Querel natürlich nach wie vor neben dem Adoptivvater auch den leiblichen Ascendenten.

Der Liebe zu den Eltern ſteht an und für ſich die gegenſeitige Liebe der Geſchwiſter, welche ſich unter Vater und Mutter vereinigen, gleich. Es mußten daher auch Geſchwiſter zur Querel berechtigt erſcheinen. Allein es ließ ſich dabei nicht überſehen, daß, wenn auch das Verhältniß unter den Geſchwiſtern in ſeiner Urſprünglichkeit dem Verhältniß zu den Eltern an Innigkeit nicht nachſteht, doch Bruder und

---

301) c. 10 pr. C. de adopt. (8. 48). . . . ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus . . . Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, quum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra iura, sive ad de inofficioso querelam, sive ad alias omnes successiones, sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali, et ab eo naturalia debita percipere . . . § 1 . . . licentiam damus tali adoptivo patri, id est extraneo, si voluerit, nihil ei testamento suo relinquere, sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit, non legitimo vinculo adstrictum.

302) c. 10 pr. C. eod. . . . Si vero pater naturalis avo materno filii sui, vel, si ipse fuerit emancipatus, etiam avo paterno . . . filium suum in adoptionem dederit, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, maneat stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum. Et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem assignavit, et Papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur . . ., et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit. Vgl. Note 299.

Schwester, die aus dem Elternhause geschieden und zu selbstständiger Lebensstellung gelangt sind, zu andern Personen in Beziehungen treten können, welche zwar bei dem kindlichen Gefühl der Dankbarkeit die Zuneigung zu den Eltern niemals beeinträchtigen werden und dürfen, durch die aber die Geschwister nothwendig eine entferntere Stellung erhalten, ohne daß sich damit für sie eine Kränkung verbinden kann. Wenn Bruder oder Schwester eine Ehe schließen, treten sie naturgemäß zu dem Ehegatten in ein innigeres Verhältniß, als zu den Geschwistern, und wenn sie andern Personen Wohlthaten verdanken, so kann es sich völlig rechtfertigen, wenn sie sich diesen gleichfalls näher verbunden fühlen. Ein absolutes Recht auf die Querel konnte man also den Geschwistern nicht einräumen, sondern bei ihnen mußte die Persönlichkeit der eingesetzten Erben berücksichtigt und nach ihr ermessen werden, ob deren Bevorzugung die Geschwister in ihrer Ehre verletze. Dies ließ sich nur dann behaupten, wenn sie, obwohl selbst unbefleckten Namens, durch personae turpes von der Erbfolge sollten verdrängt werden. Nur unter dieser Voraussetzung durfte ihnen daher die Querel zustehen[303]).

Für Seitenverwandte über den Grad der Geschwister hinaus ließ sich selbst diese bedingte Berechtigung nicht mehr begründen. Denn die Natur knüpft Bande der Liebe, welche solche sittliche Pflichten erzeugen, wie sie hier in Frage stehen, nur unter den der engeren Familie angehörigen Personen. Die Praxis des Centumviralgerichts schloß demgemäß auch alsbald

303) c. 7 C. de inoff. test. (3. 28).... contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpidinis vel levis notae macula adsperguntur. Daß auch schon nach Pandectenrecht die Persönlichkeit der Testamentserben in Betracht kam, ergiebt sich aus l. 24 § 1 D. de inoff. test. (5. 2).

alle entfernteren Collateralen von der Querel gänzlich aus[304]).

Nachdem man soweit gekommen, fragte es sich nur noch, ob allen Geschwistern ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit, welche unter ihnen stattfinden konnte, die Querel zu gewähren, oder ob ein Unterschied unter ihnen zu machen sei.

Die römischen Juristen neigten sich noch, wie es scheint, der Gleichstellung aller Geschwister zu. Das spätere Recht dagegen sprach unter ihnen den Halbgeschwistern von der Mutter Seite die Querel ab[305]). Und diese Vorschrift rechtfertigt sich vollkommen. Da die Frau die Familie ihres Ehemannes fortsetzt, so gehören Geschwister, welche nur die Mutter gemeinschaftlich haben, verschiedenen Familien an, während halbbürtige Geschwister vom Vater her den gleichen Familiennamen tragen, also wie vollbürtige Geschwister als Glieder einer und derselben Familie erscheinen. In dieser äußeren Verschiedenheit zwischen den uterini und den Halbgeschwistern väterlicher Seits erhält die natürliche Ungleichheit beider ihren Ausdruck. Kinder, die den Vater, der die Familie gründet, gemeinsam haben, fühlen sich auch als Glieder einer und derselben Familie, und Kinder, welche nur durch die Mutter verbunden sind, empfinden es auch, daß sie dieser Familieneinheit entbehren. Es entspricht demnach dem

304) l. 1 D. de inoff. test. (5. 2). . . . cognati enim proximi, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. c. 21 C. eod. (3. 28). Fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amitae etiam et materterae testamentum inofficiosum frustra dicunt, quum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.

305) c. 1 C. Th. de inoff. test. (2. 19). Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur. . . .

Gesetz der Natur, daß das römische Recht hier, wo es sich um Liebespflichten handelte, nur die Halbgeschwister von des Vaters Seite mit den vollbürtigen Geschwistern auf eine Linie stellte. Dagegen stand die ursprüngliche Bestimmung, daß auch consanguinei nur im Fall der agnatischen Verwandtschaft zur Querel berechtigt sein sollten[306]), mit dem Grunde dieser Klage nicht in Einklang. Die juristische Betrachtung, nach welcher emancipirte und in der Gewalt verbliebene Geschwister auch nicht derselben Familie angehörten, durfte sich hier nicht einmischen, da wie das natürliche Verwandtschaftsverhältniß auch das nur in diesem begründete officium pietatis durch die Emancipation nicht aufgehoben werden konnte. Im Justinianeischen Recht verlor deshalb auch hier die Agnation ihre Bedeutung[307]).

Während man so die zur Querel berechtigten Personen nach der Natur des Verwandtschaftsverhältnisses festzustellen hatte, mußte man, um über die weitere Frage, wieviel ihnen Zwecks Ausschließung dieser Klage zu hinterlassen sei, eine geeignete Entscheidung treffen zu können, neben den Liebespflichten auch die Rechte des Testators berücksichtigen, durch welche jene nothwendig eine Beschränkung erfuhren.

Das officium pietatis forderte, daß der Erblasser seinen nächsten Angehörigen im Testament mindestens dieselbe Quote zuwies, welche sie ab intestato erhalten haben würden. Nach ihm erschien also ihr gesetzlicher Erbtheil als die debita

306) c. 1 C. Th. eod. . . . germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris petitionis aditus reseretur.

307) c. 27 C. de inoff. test. (3. 28). . . . consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt. . .

portio. Allein die lex Falcidia gab dem Teſtator das Recht, jedem teſtamentariſchen Erben drei Viertel ſeiner Inſtitutionsportion durch Anordnung von Vermächtniſſen zu entziehen; der Pflichttheil, den er ihm laſſen mußte, beſchränkte ſich auf den vierten Theil der reinen Activa[308]). Stellte man dem officium pietatis dieſes Recht gegenüber, ſo ergab ſich, daß der Teſtator ſeiner ſittlichen Verpflichtung entſprach, wenn er die hier in Rede ſtehenden Erben in ſeinem Teſtament auf ihre Inteſtatportion einſetzte, und daß er nur von einer geſetzlichen Befugniß Gebrauch machte, wenn er dieſen ihren Erbtheil durch Legate um drei Viertel wieder verkürzte. Dies Ergebniß mußte zu dem allgemeinen Grundſatz führen, daß, um die Querel abzuwenden, die Hinterlaſſung der quarta debitae portionis genügend, daß ſie aber auch das dazu erforderliche Minimum ſei[309]). Denn wenn Vermächtniſſe den geſetzlichen Erbtheil zu drei Vierteln abſorbiren durften, ſo mußte dem Teſtator in dieſem Umfange auch jede andere Verfügung über denſelben erlaubt und ſein letzter Wille ſtets dem officium pietatis gemäß errichtet ſein, wenn darin den begünſtigten Inteſtaterben in irgend welcher Form[310]) die Quart ihrer legitima pars nach Abzug der Schulden[311]) zugewandt war, weil nach dem gegenwärtigen Recht Niemand einen Anſpruch auf Honorirung durch Erbeinſetzung hatte,

---

308) Vgl. Note 178.

309) l. 8 § 8 D. de inoff. test. (5. 2). . . . quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam . . . § 6 J. h. t. (2. 18). Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit . . .

310) § 6 J. l. c. . . . sive iure hereditario, sive iure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit. . . . Vgl. l. 25 pr. D. h. t. c. 29. 35 § 2 C. h. t. (3. 28).

311) l. 8 § 9 D. h. t. Quarta autem accipietur, scilicet deducto aere alieno et funeris impensa.

ſelbſt nicht die sui und emancipati, da ſie grundlos exheredirt werden konnten.

Es handelte ſich hiernach bei der Feſtſtellung des zur Ausſchließung der Inofficioſität erforderlichen Pflichttheils nur um eine Uebertragung der Quarta Falcidia von der Inſtitutionsportion der teſtamentariſchen Erben auf die Inteſtatportion der zur Querel berechtigten Perſonen[312]). Wie jene müſſen auch dieſe mit einem Viertel zufrieden ſein, und was dort durch Legate, das kann hier auf beliebige Weiſe vergabt werden.

Bei dieſer Anwendung des Falcidiſchen Geſetzes durfte man indeſſen nicht ſtehen bleiben. Denn den damit gewährten Anſpruch konnte der Teſtator in der Weiſe vereiteln, daß er Zuwendungen, die, mortis causa gemacht, ſeine Erben in ihrem Pflichttheil verletzen würden, ſchon bei ſeinen Lebzeiten eintreten ließ[313]). Es mußte ſich daher die Beſtimmung, daß der Pflichttheil durch letztwillige Dispoſitionen keine Schmälerung erfahren könne, im Lauf der Zeit nothwendig dahin erweitern, daß er auch durch Schenkungen unter Lebenden nicht verkürzt werden dürfe. Eine Schenkung dieſer Art war ebenſo pflichtwidrig wie ein Teſtament, mit dem ſich jene Folge verband. Wie dieſes, mußte alſo auch jene der Reſciſſion unterliegen und deshalb den Verletzten ein der Querel analoges Rechtsmittel gegen den Beſchenkten zuſtehen, die heute ſ. g. querela inofficiosae donationis s. dotis[314]). Da das Fundament dieſer Klage daſſelbe

312) Es wird daher auch häufig der Pflichttheil geradezu Falcidia genannt, vgl. z. B. c. 5 § 3 C. ad leg. Jul. maiest. (9. 8). c. 31 C. de inoff. test. (3. 28).

313) c. 1 C. de inoff. don. (3. 29). . . . ad eludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus exhausit. c. 8 pr. C. eod.

314) c. 2 C. eod. . . . ad similitudinem inofficiosi querelae auxilium

war wie bei der querela inofficiosi testamenti, eine liebloſe Verletzung des Pflichttheils, ſo ſtanden ſich beide nicht blos hinſichtlich der berechtigten Perſonen, ſondern auch noch in zwei andern Punkten nothwendig gleich: auch die querela inofficiosae donationis konnte nur bei unverdienter Ausſchließung vom Pflichttheil begründet erſcheinen und auch ſie mußte der fünfjährigen Verjährung unterworfen ſein[315]).

Die Conſequenz forderte ſogar noch eine weitere Uebereinſtimmung: nach ihr mußte auch eine pflichtwidrige Schenkung zu dem vollen Inteſtaterbtheil des Klägers angegriffen werden können. Urſprünglich nahm man dies deshalb auch wirklich an[316]). Allein das ſpätere Recht traf hierin eine Aenderung; es behandelte die Reſciſſion der pflichtwidrigen Schenkung nicht nach Analogie der Querel, ſondern nach Analogie des Legataren gegenüber eintretenden Abzugs der Falcidiſchen Quart, indem es dieſelbe auf den zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag beſchränkte[317]). In

---

tibi aequitatis impertiet. c. 6 C. eod. de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae iurisdictionis suae partes exhibebit. Fragm. Vatic. de don. ad leg. Cinc. § 270. 271.

315) c. 9 C. eod. Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus. Vgl. c. 4 C. Th. de inoff. donat. (2. 20). c. 5 C. h. t. (3. 29), Nov. 92 § 1.

316) l. 87 § 3 D. de legat. (31). Imperator Alexander Augustus Claudio Juliano praefecto urbi: Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari.

317) Fragm. Vatic. de don. ad leg. Cinc. § 281 ... Proinde si pater, qui per epistolam res tibi dono dedit, non revocata liberalitate, nec mutata voluntate fatalem diem intestato obiit, illibata donatio permanet, nisi tamen legis Falcidiae ratio comminui eam exegerit; quod si locum habet, eatenus ex donatione fratres

der Meinung, daß der Pflichttheil seiner Entstehung nach nichts anderes als die Quarta Falcidia sei, konnte diese Reform nicht ihren Grund haben. Denn wo ein Testament den Pflichttheil verletzte, mochte es denselben gar nicht oder blos nicht vollständig hinterlassen, ließ man ja die Verfolgung des Intestaterbanspruchs zu. Wenn es bei einer pflichtwidrigen Schenkung anders sein sollte, so war das bestimmende Moment sicher kein anderes, als daß es sich hier um eine Freigebigkeit unter Lebenden handelte. Während Liberalitäten auf den Todesfall in der That nur den Intestaterben aufgeladen werden, trägt der Schenker die Folgen seiner Freigebigkeit zunächst selbst. Dieser Umstand giebt an sich einen hinreichenden Schutz gegen die Gefahr übermäßiger Schenkungen[318]). Es war daher natürlich, wenn die Römer das Recht der freien Veräußerung unter Lebenden im Allgemeinen überhaupt nicht beschränkt[319]), wo sich aber ausnahmsweise ein Eingriff in dasselbe als nothwendig erwies, wenigstens die engsten Grenzen eingehalten wissen wollten. Zu einer solchen Ausnahme mußte in unserm Fall die Erfahrung führen, daß häufig eine in Wahrheit nur auf den Todesfall gewollte Liberalität in fraudem querelae in eine donatio inter vivos eingekleidet wurde, ohne daß doch der Beweis

tui deducent, quatenus id fieri indemnitas et iuris ratio in obtinendis portionibus, quas eos habere necesse est, exigunt. c. 2 C. de inoff. don. (3. 29). Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis effudit ... ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem ... is qui provinciam regit, ad similitudinem inofficiosi querelae auxilium tibi aequitatis impertiet. c. 7 C. eod. ... quod immoderate gestum est, revocabitur. c. 8 C. eod. ... quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur. Vgl. Nov. 92 c. 1 pr.

318) Vgl. v. Keller, Pandectenvorles. S. 979.

319) l. 2. D. si a par. quis manum. (37. 12). ... iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

der Simulation hergestellt werden konnte. Wollte man dem mit Erfolg entgegentreten, so blieb nichts übrig, als auch der Freigebigkeit unter Lebenden eine Schranke zu ziehen und jede Schenkung, welche den Pflichttheil verletzte, für rescissibel zu erklären. Aber einer erwiesen simulirten Schenkung durfte sie nicht gleich gestellt werden. Ohne das freie Veräußerungsrecht des Schenkers völlig zu negiren und ohne die Möglichkeit unberücksichtigt zu lassen, daß er fern von aller Arglist nur im Drang zur Freigebigkeit das Maß überschritten hatte[320]), konnte die Rescission nicht weiter zulässig erscheinen, als sie zur Ergänzung des Pflichttheils nothwendig war. So mußte denn in dieser Richtung der Anschluß an die querela inofficiosi testamenti bei näherer Erwägung aufgegeben werden. Daß derselbe auch noch nach einer andern Seite hin nicht festgehalten werden dürfe, darüber konnte man überhaupt nicht zweifelhaft sein: da die Existenz einer pflichtwidrigen Schenkung nicht durch ein Testament des Schenkers bedingt ist, so verstand es sich von selbst, daß man die Anstellung einer querela inofficiosae donationis auch dann gestatten mußte, wenn er intestatus verstorben war[321]).

Nachdem in der entwickelten Weise auch die Einführung des Pflichttheils erfolgt war, hatte sich der natürliche Anspruch der Familie des Testators in allen wesentlichen Beziehungen aus seiner ursprünglichen Unbestimmtheit herausgearbeitet. Während derselbe von vornherein als ein solcher auftritt, welcher ohne nähere Begrenzung der Familie im Allgemeinen

320) c. 2 C. de inoff. don. (3. 29). . . pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit. . .

321) c. 3 C. eod. Precibus quidem tuis proposita rescripta eos parentes denotant, qui, quum testamento facto vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt. Sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.

zukommt, und bei dem die Liebespflicht, auf welche er gerichtet ist, ihrem Umfange nach nicht feststeht, hat er sich jetzt subjectiv und objectiv fixirt: er ist ein Recht bestimmter Verwandten des Erblassers geworden, nach welchem ihnen dieser — er müßte denn ein miles sein, der auch hier wieder über dem Gesetz steht [322]), — den Erwerb eines bestimmten Theils seines Vermögens auf den Todesfall ermöglichen muß. Damit hat zugleich die Beschwerde über seine Verletzung eine bestimmte Voraussetzung erhalten; sie läßt sich nicht mehr auf eine allgemeine, sondern nur auf die specielle Lieblosigkeit gründen, daß der Pflichttheil sine iusta causa nicht hinterlassen worden sei. Und ebenso sind die Folgen dieser Inofficiosität genau festgestellt: beim testamentum inofficiosum erhält der Verletzte sein Intestaterbrecht, bei der donatio inofficiosa aber den Anspruch auf Widerruf derselben bis zum Betrage des Pflichttheils. Im letzten Falle ist also seine Lage der eines Vermächtnißnehmers analog; wie dieser hat auch er die Möglichkeit, eine Forderung zu erwerben, und die Stelle des Onerirten vertritt der Beschenkte.

An und für sich hätten diese Grundsätze, als durch Antoninus Pius die Arrogation unmündiger Personen zulässig wurde [323]), auch auf das Pflichttheilsrecht eines arrogatus impubes Anwendung finden müssen. Eine besondere Fürsorge ließ indessen den Kaiser hier wesentlich abweichende Bestimmungen treffen. Zu den eigenthümlichen Bedingungen, unter welchen er die Arrogation eines Unmündigen erlaubte, gehörte auch die, daß der impubes einen Anspruch auf den vierten Theil der reinen Activa aus dem

322) l. 8 § 3. 4 D. de inoff. test. (5. 2) c. 24. 37 C. eod. (3. 28). Auch das Notherbenrecht der liberi tritt beim Soldatentestament außer Anwendung, § 6 J. de exhered. liber. (2. 13).

323) Gaius I. 102. Ulpian. fragm. VIII. 5.

Nachlaſſe ſeines Adoptivvaters erhalten ſolle, und zwar ſo, daß ihm dieſer weder durch Exheredation noch durch willkürliche Emancipation entzogen werden könne[324]); nur wenn die Emancipation causa cognita et probata eingetreten war, ſollte er jenen Anſpruch verlieren[325]). Dieſer Bedingung gemäß wurde dem impubes beim Tode des pater arrogator, falls ihm nicht ex testamento oder ab intestato ſein Antheil zufiel, lege ein Vermächtniß deferirt, deſſen Agnition ihn in den Stand ſetzte, nach ſeiner Wahl entweder mit einer perſönlichen Klage gegen die Erben aufzutreten[326]) oder ſich mit ihnen durch eine actio familiae herciscundae utilis aus einander zu ſetzen, wenn er ſich lieber als Theilhaber an

---

324) c. 2 C. de adopt. (8. 48). Impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitudine iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium habebis, ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo iudicio tuo, quam si a te emancipatus fuerit, ei praebeatur.. l. 13. D. si quid in fraud. patr. (38. 5). Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est. § 3 I. de adopt. (1. 11).. et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis, qui, si adoptio non facta esset, ad successionem eius venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine iusta causa eum emancipaverit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere. l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16). Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

325) l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5)... si causa cognita emancipatus fuit, quartam perdit.

326) l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6) ... quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non: et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est.

allen Activen des Nachlaſſes geriren wollte[327]). Daneben wurde ihm das Recht eingeräumt, Geſchäfte inter vivos, durch welche der Arrogator böslicher Weiſe eine Verminderung ſeines Vermögens herbeigeführt hatte, mittelſt perſönlicher Klage in partem debitam zu reſcindiren: nach Analogie des parens manumissor[328]) ſollte dem impubes zu dieſem Zweck, wenn der Arrogator intestatus verſtarb, die actio Calvisiana, wenn testatus, die actio Faviana utiliter zuſtehen[329]).

Die Einführung dieſes anomalen Pflichttheilsrechts bezweckte eine Garantie, daß die Arrogation aus keinem anderen Grunde als aus Zuneigung zu dem impubes vorgenommen werde[330]). An dieſer hätte es gefehlt, wenn auch bei ihm das Pflichttheilsrecht von den gewöhnlichen Vorausſetzungen abhängig gemacht wäre. Denn der Adoptivvater hätte den

---

327) l. 2 § 1 D. fam. herc. (10. 2). Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae herciscundae iudicium necessarium.

328) Das nach Analogie des Patrons dem parens manumissor als ſolchem zuſtehende Erb- und Pflichttheilsrecht [l. 1 D. si a parente quis man. (37. 12). c. 4 C. de bon. libert. (6. 4) vgl. Note 18] iſt durch die Novelle 118 aufgehoben. Vgl. S. 49, 50.

329) l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5). ... Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est. l. 3 § 2. 3 D. eod. l. 1 §. 11 D. eod. ... in partem sibi debitam sive Faviana sive Calvisiana experietur. l. 1 § 26 D. eod. Haec actio in personam est, non in rem.

330) l. 17 pr. D. de adopt. (1. 7). ... Item inquirendum est, ne forte turpis causa arrogandi sit. § 1. Eorum duntaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere.

impubes bei seinem jugendlichen Alter stets ebenso leicht zu einem pflichtwidrigen Verhalten hinreißen, wie zur Einwilligung in seine Emancipation bestimmen können, sobald er die eigenen Zwecke erreicht, welche ihm die Arrogation hatten wünschenswerth erscheinen lassen. In dem einen wie in dem anderen Falle wäre das regelmäßige Pflichttheilsrecht für den arrogatus impubes ausgeschlossen gewesen, dort, weil seine Exheredation nicht inique erfolgte, hier, weil mit seinem Kindesverhältniß zum Adoptivvater auch sein Intestaterbrecht aufgehoben war. Sollten also Arrogationen Unmündiger aus verwerflichen Gründen möglichst verhütet werden, und sollte der impubes nicht der Willkür seines Adoptivvaters preisgegeben sein, so durfte er wegen seines Pflichttheils nicht auf die querela inofficiosi testamenti und inofficiosae donationis angewiesen werden. Dieser mußte ihm vielmehr gesichert sein, gleichviel aus welchen Gründen er exheredirt, und überall wo er durch eine willkürliche Emancipation um sein gesetzliches Erbrecht gebracht war. Deshalb machte man seinen Anspruch auf den Pflichttheil zu einer rechtlichen Bedingung seiner Arrogation und ließ, wenn und soweit ihm derselbe nicht hinterlassen war, jener Bedingung gemäß beim Tode des Adoptivvaters in dem Nachlaß eine entsprechende Schuld [331]) und gleichzeitig für den impubes das Recht entstehen, durch bloße Willenserklärung der Gläubiger für diese Schuld werden zu können [332]), oder was dasselbe ist, man deferirte ihm seinen

331) l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6) ... secundum Divi Pii rescriptum quarta debetur. ... l. 8 §. 15 D. de inoff. test. (5. 2). ... quartam ei quasi aes alienum concedendam. ...

332) Dies Recht heißt analog dem Recht des Legatars (vgl. S. 77) petitio quartae und hat auch mit ihm gleiche Natur. Es entsteht ebenfalls ipso iure mit dem Tode des Arrogators und geht auf die

Pflichttheil in Geſtalt eines geſetzlichen Vermächtniſſes. Und aus demſelben Grunde behandelte man dieſen Pflichttheil auch nicht wie ſonſt als einen Theil der Inteſtatportion, die es für den impubes, wenn er emancipirt war, nicht gab, ſondern berechnete ihn von den geſammten bona des Arrogators, ohne aber dabei ſeine regelmäßige Größe zu überſchreiten. Wer ſchon leibliche Kinder hatte oder nach ſeinem Alter noch erhalten konnte, durfte der Regel nach gar nicht, und Niemand durfte mehr als Eine Perſon arrogiren [333]). Bei der Inteſtaterbfolge war daher der Arrogirte der einzige Erbe, und deshalb der vierte Theil der ganzen Erbſchaft den beſtehenden Vorſchriften gemäß ſein Pflichttheil. Mehr als dieſen gewährte die ſ. g. Quarta Divi Pii nicht. Ihre Eigenthümlichkeit beſtand nur darin, daß ſie den Bedingungen des gewöhnlichen Pflichttheilsrechts nicht unterworfen, und daß ſie dem impubes, wenn nicht anderweitig, ſtets unmittelbar durch Rechtsvorſchrift hinterlaſſen war [334]). Dies hatte die nothwendige Conſequenz, daß die querela inofficiosi testamenti für ihn überhaupt nicht begründet ſein konnte [335]).

Erben des impubes über, ſofern es dieſer nur noch ſelbſt erworben hat: si iam nata est quartae petitio, l. 1 §. 21 D. de collat. (37. 6). Vgl. Note 326.

333) l. 15 §. 2, 3. l. 17 § 3 D. de adopt. (1. 7).

334) l. 22 § 1 D. eod. ... hoc non iudicio eius ad eum pervenit, sed Principali providentia.

335) l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2). Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.

Im vorjuſtinianeiſchen Rechte iſt der Anſpruch des arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii das einzige anomale Pflichttheilsrecht. Juſtinian hat demſelben noch ein zweites an die Seite geſtellt: es iſt dies das Recht der armen Wittwe am Nachlaß ihres Ehemannes [336]), das ihr in demſelben Umfange wie ab intestato [337]) auch dann zuſtehen ſoll, wenn der Mann ein Teſtament hinterlaſſen und ſie in dieſem gar nicht oder doch mit weniger bedacht hat [338]). Bei der Einführung dieſes Rechtes diente die Quarta Divi Pii als Vorbild. Wie dem arrogatus impubes ſoll auch der armen Wittwe der vierte Theil der erbſchaftlichen Activa nach Abzug der Schulden als ein geſetzliches Vermächtniß deferirt werden [339]), und auch bei ihr ſoll dieſe Delation nicht von den gewöhnlichen Bedingungen des Pflichttheils abhängig ſein, ſondern ſtets eintreten, ſofern nicht die Ehe oder auch nur das eheliche Zuſammenleben durch die Schuld der Frau aufgehoben worden iſt [340]). Es giebt alſo wie beim arrogatus impubes, ſo auch bei der armen Wittwe nur Einen Grund, aus welchem das Pflichttheilsrecht wegfällt: dort iſt dies die Aufhebung des Kindesverhältniſſes durch eine juſtificirte Emancipation, hier iſt es die Aufhebung des ehelichen Verhältniſſes, welche die Frau ſelbſt herbeigeführt

336) Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5. Vgl. c. 11 § 1 C. de repud. (5. 17). Nov. 22 c. 18.

337) Vgl. S. 37, 52.

338) Nov. 53 c. 6 pr. ... Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc ...

339) Nov. 117 c. 5. filios ... ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem ... quartam partem ex substantia viri accipere. Nov. 53 c. 6 pr. uxorem cum filiis vocari. Nov. 22 c. 18 ... substantiam illam merito secundum nostras leges existimantes esse, quae pura debitis videatur.

340) Nov. 53. c. 6 pr. ... si perduraverint semper cum iis ...

hat. Mit dieser hat sie den Anspruch auf den Lebensunterhalt aus dem Vermögen des Mannes schon bei dessen Lebzeiten verloren; es kann ihr daher auch bei seinem Tode kein Pflichttheilsrecht zukommen, welches ihr eine Unterstützung für denselben gewährt.

Bei jener einzigen Voraussetzung, durch welche das Recht der armen Wittwe bedingt sein sollte, ließ sich selbstverständlich auch hier der Pflichttheil nicht als ein Theil der Intestatportion bezeichnen, er mußte vielmehr gleichfalls von dem gesammten Vermögen des Ehemannes berechnet werden. Dieser Berechnung wurde aber doch wieder gerade so wie beim arrogatus impubes der eventuelle gesetzliche Erbtheil der Frau zu Grunde gelegt. Wenn sie als Intestaterbin durch die bonorum possessio unde vir et uxor berufen wurde, fiel auch ihr die ganze Erbschaft zu; ihr Pflichttheil würde daher in diesem Falle nach den allgemeinen Grundsätzen über die Größe desselben den vierten Theil des Nachlasses betragen. Diesen sollte sie nun nach Analogie des arrogatus impubes auch dann erhalten, wenn sie gleich ein gesetzliches Erbrecht nicht hatte, also auch ohne Rücksicht darauf, ob der Ehemann testatus, oder ob er intestatus verstorben war. Nur wenn die Quart den Werth von hundert Pfund Goldes überschritt, sollte sich ihr Anspruch nach der ursprünglichen Bestimmung Justinian's auf diesen Betrag beschränken. Da dies die höchste Summe war, welche als Dos bestellt zu werden pflegte, so erschien es namentlich im Interesse der Kinder gerechtfertigt, daß auch der Pflichttheil, der nur die Dos ersetzen sollte und deshalb wegfiel, wo eine solche existirte, nicht über diese Summe hinausgehe [341]). In der Novelle 117 gewährte indessen Justinian

341) Nov. 22 c. 18 ... quartam partem propriae substantiae eo-

den Kindern eine anderweitige Fürsorge, mit der er jene Beschränkung stillschweigend fallen ließ, indem er bestimmte, daß, wo mehr als drei Kinder mit der Wittwe concurriren, letztere nur eine Virilportion, und daß sie neben eigenen Kindern stets nur den Nießbrauch an ihrem Antheile erhalten soll [342]).

Die Eigenthümlichkeit des Pflichttheils der armen Wittwe besteht also hiernach ebenfalls vor Allem darin, daß er die Entziehung eines Intestaterbrechts nicht zur Voraussetzung hat, und daß er stets unmittelbar durch Rechtsvorschrift hinterlassen ist, die Erbschaft mag nun näheren Intestaterben oder aber testamentarischen Erben zufallen. Daraus ergiebt sich von selbst, daß die querela inofficiosi testamenti auch für die arme Wittwe absolut ausgeschlossen sein sollte, sowie es andererseits keinem Zweifel unterliegen kann, daß Justinian bei dolosen Veräußerungen inter vivos auch ihr das Recht auf deren Rescission in debitam partem mittelst der actio Calvisiana oder Faviana utilis gewährt wissen wollte. Die entgegengesetzte Annahme würde ebenso sehr der Natur der Sache widersprechen wie der principiellen Uebereinstimmung, welche in allen übrigen Beziehungen zwischen dem Anspruch der armen Wittwe und des arrogatus impubes besteht.

Das Verwandtschaftsverhältniß dieser beiden Ansprüche wird es auch rechtfertigen, daß in der Darstellung beide

---

gatur exsolvere ei, et usque ad quadringentas quidem auri libras substantiam habens centum libris damnificabitur, hoc est quarta substantiae parte, minorem autem hac in quantum quartae facit quantitas. Si vero etiam maiorem praedictae quadringentarum auri librarum quantitatis substantiam habeat, non amplius centum auri damnificetur libris. Ad maximam namque plerumque respicientes dotem legem hanc scripsimus ...

342) Nov. 117 c. 5.

gleich neben einander gestellt sind, während nach der historischen Folge, abgesehen von den Vorschriften der Novelle 115, alle von Justinian auf dem Gebiete des regelmäßigen Notherbenrechts vorgenommenen Neuerungen, zu denen wir jetzt übergehen, seiner Erweiterung des anomalen Pflichttheilsrechts hätten voraufgeschickt werden müssen.

In dem Rechtszustande, wie wir ihn oben kennen gelernt haben und wie ihn Justinian vorfand, müßten sich vor Allem zwei Mängel bemerkbar machen. Der eine bestand darin, daß die Querel nicht bloß dann begründet war, wenn der Testator seinem Pflichttheilsberechtigten Nichts, sondern auch, wenn er ihm weniger als das bestimmte Quantum hinterlassen hatte. Denn es genügte hiernach das geringste Versehen in der Berechnung des Pflichttheils, um, falls nicht seine eventuelle Ergänzung ausdrücklich angeordnet war, die Rescission des letzten Willens herbeiführen zu können. Dies entsprach in der That den allgemeinen Voraussetzungen der querela inofficiosi testamenti nicht. Nach ihnen bildete das Fundament dieser Klage die Annahme, der Testator habe ohne seines Willens mächtig zu sein disponirt und aus diesem Grunde das officium pietatis verletzt. Diese Annahme mußte vollständig gerechtfertigt erscheinen, wenn er seine nächsten Familienglieder überhaupt nicht bedacht hatte. Aus einer bloßen Verkürzung des Pflichttheils ließ sich aber kein sicherer Schluß auf einen solchen Gemüthszustand des Testators machen, da diese auch bei der Absicht, den Pflichten der Familienliebe nachzukommen, durch eine bloße Ungenauigkeit veranlaßt sein konnte. Es stand daher mit dem allgemeinen Grundsatz, nach welchem letztwillige Verfügungen möglichst aufrecht zu erhalten waren, nicht im Einklang, wenn selbst in diesem Falle die Querel Platz greifen sollte. Dieser Grundsatz forderte vielmehr, die Ergänzung des Pflichttheils

auch da als vom Erblasser gewollt zu betrachten, wo er diesen Willen nicht ausdrücklich ausgesprochen hatte.

Der zweite Mangel des gegenwärtig geltenden Rechtes hatte seinen Grund in dem stehen gebliebenen System des formellen Schutzes, dem gemäß das Testament ungültig wurde, wenn darin die männlichen liberi des Erblassers nicht entweder zu Erben ernannt oder exheredirt waren. Bei dieser Vorschrift konnte der Testator seiner Liebespflicht gegen dieselben vollkommen genügt, z. B. durch Vermächtniß ihnen den Pflichttheil vollständig zugewandt haben, wenn er ihre Exheredation versäumte, hatte sein letzter Wille dennoch keinen Bestand: bei der Präterition eines filius suus war er nichtig, bei Uebergehung anderer männlicher liberi gingen wenigstens die Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Manumissionen durch die b. p. contra tabulas unter [343]). Diese Folge entbehrte eines vernünftigen Grundes, da die Enterbung keiner iusta causa bedurfte.

In diesen beiden Beziehungen war also zunächst eine Abhülfe nöthig. Justinian bewirkte sie durch folgende Bestimmung: zu einer Umstürzung des letzten Willens soll es fortan nur noch in dem Falle kommen, wenn der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen hat, wo sie dagegen von ihm irgendwie bedacht sind, soll das Testament stets gültig sein und bei einer nicht ausreichenden Zuwendung immer nur ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils entstehen. Dafür soll aber dieser Anspruch auch nur dann wegfallen, wenn die Verkürzung vom Testator selbst durch den Vorwurf der ingratitudo motivirt und dessen Wahrheit dargethan ist [344]). Nach dem bisherigen Recht

343) Vgl. die Noten 141 und 242—244.

344) c. 30 pr. C. de inoff. test. (3. 28). Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem sub-

war bei der Beschwerde über ein inofficiöses Testament entweder von Seiten des Gerichts eine Untersuchung anzustellen, ob für den Erblasser eine gerechte Veranlassung zur Zurücksetzung des Klägers existirte, bei der dann dieser die Unrichtigkeit oder Unerheblichkeit der gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen nachzuweisen hatte [345]), oder aber es konnten auch die Testamentserben, wenn sie dies lieber wollten, den Beweis der Unwürdigkeit des Klägers übernehmen [346]). Dieses zwiefache Verfahren war auch dann möglich, wenn der Testator der Indignität des Klägers gar nicht erwähnt

---

vertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat; ut, sive adiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, quum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam iis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. § 1. Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam ... vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil iis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus. Vgl. c. 31 C. eod.

345) Vgl. Note 268.

346) c. 28 C. de inoff. test. (3. 28). Liberi de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes probationes debent praestare, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint, nisi scripti heredes ostendere maluerint, ingratos liberos contra parentes exstitisse.

hatte. Juſtinian machte ſeine Zuläſſigkeit bei bloß unvollſtändiger Hinterlaſſung des Pflichttheils von dieſer Bedingung abhängig. Wo der Teſtator keinen Vorwurf ausgeſprochen hat, da ſoll auch die Frage, ob etwa den Verkürzten ein ſolcher trifft, überhaupt nicht erörtert, ſondern ohne Weiteres die Schmälerung des Pflichttheils als nicht beabſichtigt angenommen werden [347]). Und dieſe Willensinterpretation ſoll auch da eintreten, wo an ſich der Pflichttheil hinterlaſſen, der Bedachte aber durch Bedingungen, Termine oder Auflagen in demſelben beeinträchtigt iſt, und zwar mit der hier natürlichſten Folge, daß ſolche gravamina als nicht hinzugefügt gelten [348]). Der ſ. g. actio suppletoria bedarf es demnach nur, wenn ſchon der hinterlaſſene Betrag ſelbſt zu gering iſt; wenn er bloß durch Nebenbeſtimmungen wieder herabgeſetzt war, wird die Minderung des Pflichttheils ipso iure beſeitigt.

Der Anſpruch auf die Ergänzung des Pflichttheils hat, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, dieſelbe Natur, es mag das Fehlende auf Grund des Geſetzes oder aus einer Dispoſition des Teſtators gefordert werden können. Er iſt in jenem wie in dieſem Falle ein Recht auf ein Vermächtniß, deſſen Delation mit dem Tode des Teſtators erfolgt, ſich auf

---

347) c. 36 pr. C. eod. Scimus, antea constitutionem relatam fuisse, qua cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiiciatur viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem.

348) c. 32 C. eod. ... si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

die Erben des Pflichttheilsberechtigten überträgt und selbstverständlich nicht wie das ex causa inofficiosi testamenti deferirte Intestaterbrecht schon um deswillen untergeht, weil das Testament durch Annahme des darin Hinterlassenen anerkannt worden ist[349]). Diese Delation bewirkt natürlich auch hier noch keinen Vermögenserwerb, sondern erst die Agnition erzeugt die Vermächtnißforderung, aus welcher die actio suppletoria zusteht und wie jede andere Vermächtnißklage erst in dreißig Jahren verjährt.

Die Aenderung, welche das formelle Notherbenrecht durch diese Vorschriften erfuhr, ließ die überkommenen Subtilitäten desselben im Ganzen noch unberührt. Sie beschränkte sich auf eine bloße Modification: wo sich nach dem bisherigen Recht mit der Präterition der liberi die gänzliche oder theilweise Ungültigkeit des Testamentes verband, soll diese nicht mehr eintreten, sobald sie in demselben überhaupt nur bedacht sind. Diese Bestimmung afficirte nur Einen Satz des alten Rechts. Die Regel, nach welcher männliche liberi instituirt oder nominatim exheredirt werden mußten und für sie, wo dies nicht geschehen war, die b. p. contra tabulas, beziehungsweise die Nichtigkeit des Testaments eintreten sollte, hatte den Zusatz erhalten: sofern ihnen gar nichts hinterlassen worden ist. Dagegen war das Notherbenrecht der weiblichen liberi, weil deren Präterition die Gültigkeit des Testamentes nicht aufhob, völlig unverändert das alte geblieben. Diese hatte der Testator auch jetzt noch bloß inter ceteros zu exherediren, und ihre Präterition bewirkte nur, daß sie instituirten extraneis in dimidiam partem, den suis aber in partem virilem accrescirten[350]). Da der ursprüng-

349) c. 35 § 2 C. eod.
350) Gaius II, 124.

liche Grund für dieſe Hintenanſetzung des weiblichen Geſchlechts längſt weggefallen war[351]), ſo mußte man gegenwärtig auf eine Beſeitigung derſelben um ſo mehr hingewieſen werden, als ſich die weiblichen liberi in einer nachtheiligeren Lage befanden, wenn der Teſtator das beſtehende Recht verletzt, als wenn er es beobachtet hatte. Waren ſie, wie es das Geſetz forderte, exheredirt, ſo konnten ſie ex causa inofficiosi testamenti entweder mit der Querel ihren vollen geſetzlichen Erbtheil oder doch mit der actio suppletoria die Ergänzung ihres Pflichttheils beanſpruchen; waren ſie aber präterirt, ſo erwarben ſie das ihnen Gebührende vermöge des Accrescenzrechts und es ſtand ihnen deshalb weder die Querel noch die actio suppletoria zu. Während ſie alſo dort mindeſtens den vierten Theil ihrer Inteſtatportion frei von allen Laſten erhielten, konnte ſich hier ihr Antheil am Nachlaß viel niedriger ſtellen, da ihnen, wo die Teſtamentserben extranei waren, nur die Hälfte des geſetzlichen Erbtheils accrescirte und ſie mit drei Vierteln derſelben noch für die Vermächtniſſe haften mußten[352]).

---

351) Juſtinian ſagt deshalb in der zu Gunſten der weiblichen liberi erlaſſenen c. 4 pr. C. de lib. praet. vel exher. (6. 28): Qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores exsistunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant.

352) c. 4 pr. C. de lib. praet. (6. 28). ... Nam quum ultimum adiutorium de inofficiosi querela positum est, et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit, inventa fuerat filia praeterita minus habens, quam filia exheredata. Quum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel ius accrescendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat, et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet usque ad dodrantem suae portionis, remanebat ei sescuncia tantummodo in sua successione. Quodsi fuisset exheredata, quarta pars omnimodo totius substantiae ei relinqui debebat, et quam iniuria dignam pater existimabat, amplius habebat ea, quam taciturnitate in institutione praeteriit; et si secundum nostrae constitutionis definitio-

Um dieſes Mißverhältniß zu beſeitigen, ſtellte Juſtinian die weiblichen liberi den männlichen in jeder Beziehung gleich: auch jene ſollen nunmehr nominatim exheredirt werden, und ihre Präterition ſoll nicht mehr das Accrescenzrecht zur Folge haben, ſondern gleichfalls bei der filia sua die Nichtigkeit des Teſtaments, bei den übrigen weiblichen liberi die b. p. contra tabulas auf ihre Inteſtatportion nach ſich ziehen, ſofern ihnen nämlich im Teſtament gar nichts hinterlaſſen worden iſt[353]). Dabei iſt aber jede ausdrückliche Ausſchließung vom Nachlaß, in welchen Worten ſie auch angeordnet ſein mag, eine gültige Exheredation; auf den Gebrauch der verba civilia ſoll es wie bei Erbeinſetzungen und Vermächtniſſen auch bei der Enterbung nicht mehr ankommen[354]).

Faſſen wir das Geſammtreſultat in's Auge, welches ſich mit den bisher beſprochenen Reformen verband, ſo war dies erſichtlich im Ganzen ein für die Pflichttheilsberechtigten nachtheiliges. Denn Juſtinian hatte ſeine Fürſorge für die Aufrechthaltung des Teſtaments überall einſeitig auf ihre Koſten eintreten laſſen. Die ihnen zu Theil gewordenen Begünſtigungen ſtanden in keinem Verhältniß zu dem, was ſie durch die Einführung der actio suppletoria verloren hatten. Ein Anſpruch auf die Inteſtatportion, der für ſie

---

nem, quam de supplemento quadrantis posuimus, repletio fuerat introducta, simili modo exheredatae in quartam repletio accedebat, et ita vitium permansit, ut nec ex nostra constitutione emendationem aliquam sentiret.

353) c. 4 §. 1. 2 C. eod.

354) c. 3 C. eod. Si quis filium proprium ita exheredaverit: ille filius meus alienus meae substantiae fiat, talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intelligatur. Quum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat.

nach dem früheren Rechte wegen jeder Verkürzung des Pflichttheils sowie wegen Verletzung des formellen Notherbenrechts begründet wurde, konnte jetzt nur noch in dem einzigen Falle entstehen, wenn der Testator ihnen gar nichts zugewandt hatte; bei der geringfügigsten Honorirung war derselbe in allen Fällen auf die Forderung des Pflichttheils herabgesetzt. Diese Schmälerung in den Rechten der Pflichttheilsberechtigten mußte um so nothwendiger dazu auffordern, ihnen einen Ersatz zu gewähren, als man jetzt viel häufiger wie früher Gelegenheit hatte, zu bemerken, mit welchem geringen Antheil am Nachlaß sie sich nach der gegenwärtigen Größe des Pflichttheils, namentlich bei zahlreichen Intestaterben, zufrieden geben mußten. Dies wies darauf hin, den Verlust, welchen sie erfahren hatten, durch eine Erhöhung des Pflichttheils auszugleichen und dabei den Betrag desselben nach der Zahl der gesetzlichen Erben verschieden zu bestimmen. Justinian führte deshalb durch die Nov. 18 eine solche Erhöhung des Pflichttheils ein, indem er seine Größe auf ein Drittheil oder auf die Hälfte der Intestatportion festsetzte, jenachdem der Nachlaß im Fall der gesetzlichen Erbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile aus einander gehen würde [355]).

Mit dieser Vorschrift war dem Testator sein Recht aus der lex Falcidia den Pflichttheilsberechtigten gegenüber entzogen und dadurch ihr Anspruch aus dem officium pietatis in einem wesentlich weiteren Umfange als bisher zu rechtlicher Geltung gelangt. Auf die ganze debita portio erstreckte er sich zwar auch jetzt nicht; darauf durfte er sich aber auch nicht erstrecken, wenn nicht die Pflichttheilsberechtigten, wo sie allein die nächsten Intestaterben waren, dem Testator jede Disposition über sein Vermögen entziehen sollten, während doch für ihn in vielen Fällen die moralische Verpflichtung

355) Nov. 18 praef. c. 1. 2.

existiren konnte, neben jenen noch andere Personen zu bedenken. Um auch diesen Verpflichtungen in angemessener Weise gerecht werden zu können, mußte ihm über einen beträchtlichen Theil seines Vermögens die freie Verfügung verbleiben.

In quantitativer Beziehung geschah also durch die Novelle 18 für die Pflichttheilsberechtigten, was für sie geschehen konnte, ohne dem Testator zu nahe zu treten. Allein der Betrag des Pflichttheils war in der That nicht das Einzige, was ihren natürlichen Ansprüchen gegenüber in Betracht gezogen werden mußte; diese forderten vielmehr, wenn auch nicht für die Geschwister, doch für Ascendenten und Descendenten noch andere Rücksichten, denen bisher keine Rechnung getragen war. Bei den Geschwistern mußte es, aus denselben Gründen, aus welchen sie nur ein bedingtes Pflichttheilsrecht erhalten durften, für genügend erachtet werden, wenn ihnen durch eine beliebige Verfügung eventuell ihre portio legitima zugewandt wurde, und bei ihnen mußte es auch, der Bedingung ihrer Berechtigung gemäß, den Testamentserben gestattet sein, im Inofficiositätsproceß alle möglichen Beschuldigungen gegen sie aufzusuchen und ihrer Beschwerde zu opponiren —, es widerstritt aber den Pflichten der Pietät, daß Kinder und Eltern in diesen beiden Richtungen den Geschwistern gleichgestellt waren.

Wenn Eltern ihren Kindern nicht die Ehre der Erbeinsetzung erweisen, so haben sie ihnen trotz anderweitiger Hinterlassung des Pflichttheils diejenige Stelle im Testament versagt, welche ihnen nach ihrem natürlichen Verhältniß zukommt, also ohne Kränkung ihnen nicht entzogen werden kann. Durch die Zuwendung des Pflichttheils wird deshalb dem officium pietatis in der That noch nicht genügt, sondern dieses gebietet den Eltern zugleich, die Kinder auch bei der

Ernennung der Erben nicht zu übergehen, sofern sie eine solche Zurücksetzung nicht verdient haben. Und wo dies nach der Ansicht des Testators der Fall ist, da hat er selbst das Urtheil der Unwürdigkeit auszusprechen und zu motiviren: denn wenn seine Handlungsweise der Rechtfertigung bedarf, so muß ihm diese auch als seine eigene Pflicht erscheinen. Es darf nicht dem Egoismus der Testamentserben überlassen sein, die Härte des Erblassers als gerecht zu erweisen und zu diesem Zweck den Kindern jedes Vergehen, dessen sie sich einmal schuldig gemacht haben, vorzurücken, in der Hoffnung, daß sie für das eine oder andere den Beweis, es sei ihnen verziehen, schuldig bleiben werden. Hierin liegt auf alle Fälle eine Ungerechtigkeit gegen die Kinder, der sie nicht Preis gegeben werden dürfen, und die daher das Bedürfniß aufweist, den Testator zur Angabe eines speciellen Enterbungsgrundes zu verpflichten, in deren Ermangelung aber ohne Weiteres anzunehmen, daß seine verletzende Disposition aus Lieblosigkeit hervorgegangen ist. Diese Annahme hat ihre volle Berechtigung: denn wenn der Testator, ungeachtet ihn sein Gewissen dazu auffordern muß, keinen Grund für die Exheredation anführt, so läßt dies nur die Deutung zu, daß er in der That keinen anzuführen vermochte.

Sollte also das natürliche Gesetz die ihm gebührende Berücksichtigung in vollem Umfange finden, so war der Begriff der Inofficiosität auch auf die Form zu übertragen und zwar in der Weise, daß das Testament der Eltern schon um deswillen als pflichtwidrig angesehen wurde, weil sie ihre Kinder darin ohne Anführung eines Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen hatten, mochte dies nun ausdrücklich oder stillschweigend geschehen sein. Dasselbe mußte dann aber natürlich auch für das Testament der Kinder ihren Eltern gegenüber gelten.

Dieſe Uebertragung der Inofficioſität auf die Form hat Juſtinian durch die Novelle 115 bewirkt und dadurch unter gänzlicher Aufhebung des ſ. g. Präteritionsſyſtems das Syſtem der Querel zum Abſchluß gebracht[356]). Dies Syſtem war gegenwärtig allein noch einer weiteren Entwicklung fähig. Das alte Präteritionsſyſtem hatte, da es auf der Einheit des Vater- und Kindesguts beruhte, mit deſſen Sonderung ſein Fundament vollſtändig verloren. Es konnte daher auch im Juſtinianeiſchen Recht nicht mehr von einer Fortbildung, ſondern nur noch von dem Untergange deſſelben die Rede ſein. Das Vermögen des Paterfamilias wurde gegenwärtig ebenſowenig von ſeinen sui mit erworben, wie von ſeinen ſonſtigen Deſcendenten. Wenn es gleichwohl auch jetzt noch vor Allen die sui waren, welche mit von demſelben lebten, und wenn ſich dadurch das Vermögen ihres Vaters immer noch als ein zugleich für ſie beſtimmtes darſtellte, ſo ließ es ſich aus dieſem Grunde wohl rechtfertigen, den ipso iure erfolgenden

356) Nov. 115 c. 3 pr. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum iis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento. c. 4 pr. Justum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. c. 5 pr. Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. — Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt et eadem a suis parentibus speraverunt, et similiter qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis filiis optant honorari.

Eintritt ihrer Erbfolge auch fernerhin fortbeſtehen zu laſſen, die Auffaſſung dieſer als einer bloßen continuatio dominii, welche die Grundlage des Präteritionsſyſtems bildete, ſetzte aber voraus, daß der Erwerb der sui dem Vermögen des Vaters zufloß. Nur dann konnte man ihnen einen ſchon vor dem Tode des Vaters begründeten Anſpruch zuſchreiben, der ſich entweder auf dem Wege der Erbfolge fortſetzen oder durch Exheredation aufgehoben werden müſſe [357]).

Das hiernach innerlich nothwendige Zerfallen des Präteritionsſyſtems nahm ſeinen Anfang bereits mit der Einführung der actio suppletoria, indem Juſtinian dabei zugleich die alte Vorſchrift, nach welcher die sui und die ihnen iure praetorio gleichgeſtellten emancipati als Erben einzuſetzen oder zu exherediren waren, zu Gunſten der Aufrechthaltung des Teſtaments dahin abänderte, daß ſie zu bedenken oder zu enterben ſeien [358]). Dieſe Beſtimmung ſteht in der That ſchon auf dem Boden des Inofficioſitätsſyſtems: denn es handelt ſich nach ihr für die liberi nicht mehr um die Belaſſung oder Beſeitigung eines ſchon vorhandenen Anſpruchs, ſondern wie bei andern Deſcendenten um Einräumung und Nichteinräumung von Rechten, deren Gewährung das officium pietatis für ſie fordert. Hiernach hätten conſequenter Weiſe auch die liberi nur noch dem Syſtem der Querel unterworfen ſein dürfen. Allein bei den Motiven, welche jene Aenderung hervorriefen, war man ſich nicht ſogleich

357) Vgl. S. 61.

358) c. 30 C. de inoff. test. (ſ. oben Note 344). Vgl. Francke, Das Recht der Notherben u. Pflichttheilsberechtigten S. 362 ff. Wenn v. Bangerow, Lehrb. der Pand. §. 486 annimmt, die c. 30 cit. wolle die actio suppletoria nur für den Fall einführen, wo bisher das Teſtament mit der Querel und wo es vom Patron mit der b. p. contra tabulas angegriffen werden konnte, ſo beſchränkt er die ganz allgemein lautenden Worte in unzuläſſiger Weiſe.

ihrer Bedeutung bewußt; man überſah, daß mit der Entziehung des Anſpruchs auf Erbeinſetzung die liberi dieſelbe Stellung zum Vermögen ihres Vaters erhielten wie deſſen anderweitige Deſcendenten, und ließ deshalb noch die übrigen Vorſchriften des Präteritionsſyſtems für ſie ſtehen.

Die ſo inconſequenter Weiſe noch feſtgehaltene Ungleichheit zwiſchen sui, emancipati und ſonſtigen Deſcendenten konnte nach der Natur der Sache nicht von Beſtand ſein. Es bedurfte nur eines äußeren Anſtoßes, um ſich bewußt zu werden, daß ſie jedes inneren Grundes entbehre, und es verſtand ſich dann von ſelbſt, daß die Geſetzgebung ſämmtliche Deſcendenten einander gleichzuſtellen habe. Dieſen Anſtoß gaben Beſchwerden über Teſtamente, in denen der Erblaſſer ſeine Kinder ihrer ausdrücklich anerkannten Dankbarkeit ungeachtet exheredirt hatte, eine Kränkung, welche ihm jedes der drei gegenwärtig geltenden Syſteme geſtattete [359]). Solche Beſchwerden machten eine allgemeine Erörterung der Frage nöthig, für welche unter den pflichttheilsberechtigten Perſonen und auf welcher Baſis ſich etwa der Anſpruch auf Erbeinſetzung begründen laſſe. Es war natürlich, daß man ſich hierbei zunächſt, um ihre dermalige Anwendbarkeit in Erwägung zu ziehen, die Argumentation vor Augen führte, auf welche das alte Recht die für die Hauskinder vorgeſchrie-

359) Nov. 115 c. 5 pr. ... quam (legem) ex hac occasione promulgandam esse perspeximus. In aliquo autem negotio disceptantes invenimus, Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genitrice fuisse dictam, exheredatam autem testamento nominatam tam in paternis quam in maternis facultatibus. Et talem quidem scripturam, quia dolo eam et machinatione quorundam compositam fuisse comperimus, nullo modo permisimus obtinere, filiam autem heredem patris ac matris iussimus fieri, sicut et in scriptis prolatum super hac causa nostrum manifestat arbitrium. Vgl. l. 3. 4 D. de inoff. test. (5. 2).

bene Institution oder Exheredation stützte. Es war aber auch ebenso nothwendig, daß sich damit folgendes Resultat verbinden mußte: man konnte nicht etwa blos die Ueberzeugung gewinnen, daß es bei der jetzigen Vermögensfähigkeit der Hauskinder unmöglich sei, auf den Gesichtspunkt des alten Rechts zurückzugehen, sondern man mußte, einmal auf ihre veränderte vermögensrechtliche Stellung hingewiesen, zugleich zu der weiteren Erkenntniß kommen, daß mit derselben der Grund für das den liberi jetzt noch eigenthümliche Notherbenrecht weggefallen sei, daß man demgemäß das Präteritionssystem ganz aufzugeben und, wie auf die Ascendenten und Geschwister, auch gleichmäßig auf alle Descendenten nur das Inofficiositätssystem zur Anwendung zu bringen habe.

Hierin konnte allein das erste positive Ergebniß bestehen, zu welchem man nach dem für die aufgeworfene Frage natürlichen Ausgangspunkt gelangte. Mit demselben war dann aber zugleich auch das Fundament gefunden, dessen man für die Beantwortung der Frage selbst bedurfte: denn es stand damit fest, daß für die Ansprüche der pflichttheilsberechtigten Personen überall das officium pietatis maßgebend sein müsse. Da sich nach den nahe liegenden Reflexionen, welche oben ausgeführt wurden, nicht verkennen ließ, daß schon die ohne Angabe eines Grundes versagte Erbeinsetzung, wenn gleich nicht bei den ferner stehenden Geschwistern, doch bei Kindern und Eltern eine Verletzung desselben involvire, so machte sich also eine zwiefache Umgestaltung des bestehenden Rechtes nothwendig: es waren einerseits, unter vollständiger Beseitigung des Präteritionssystems für die liberi, alle Descendenten ohne Unterschied auf das Rechtsmittel der Querel zu beschränken, und es war andererseits festzusetzen, daß diese Klage für sie und für die Ascendenten

ſchon dann begründet ſein ſolle, wenn ihre Erbeinſetzung ohne den Vorwurf einer beſtimmten ingratitudo vom Teſtator unterlaſſen worden ſei.

Eine ſo weitgehende Reform wie dieſe ließ ſich nun aber verſtändiger Weiſe nicht vornehmen, ohne das ganze Notherbenrecht einer Reviſion zu unterwerfen, um jetzt auch ſofort allen ſich etwa ſonſt noch zeigenden Mängeln zu begegnen. Man kam deshalb auch dazu, in Betracht zu ziehen, ob die Entſcheidung über die Erheblichkeit des dem Notherben gemachten Vorwurfs wie bisher dem richterlichen Ermeſſen zu überlaſſen, oder ob es gerathen ſei, die iustae causae ingratitudinis geſetzlich zu fixiren; und man erwog ferner, ob der Notherbe nach wie vor ſeine Würdigkeit und deshalb die Unwahrheit des vom Erblaſſer erwähnten Undankbarkeitsgrundes, oder ob der Teſtamentserbe die Wahrheit deſſelben beweiſen müſſe, ſowie endlich, ob es billig ſei, daß durch die Querel das Teſtament mit ſeinem ganzen Inhalt umgeſtoßen werde.

Hinſichtlich des Rechts der Geſchwiſter konnte man auch bei dieſen Erörterungen nur zu dem Reſultat gelangen, daß Alles beim Alten belaſſen werden müſſe. Die Ausſchließung vom Nachlaß iſt für die Geſchwiſter an ſich keine Kränkung, ſondern eine ſolche erfahren ſie erſt dadurch, daß der Teſtator ihnen turpes personae vorzieht, und ſelbſt hierüber dürfen ſie ſich offenbar nur dann mit Recht beſchweren, wenn ſie ſelbſt kein Makel trifft: denn ſind ſie nicht beſſer als die inſtituirten Erben, ſo haben ſie auch keinen Anſpruch, an die Stelle derſelben zu treten[360]). Wenn man ſich dies vergegenwärtigte, ſo mußte ſich zuvörderſt die Einführung beſtimmter Gründe für die Ausſchließung der Geſchwiſter, da

360) Vgl. S. 125.

dieſe das officium pietatis gar nicht verletzte, als unzuläſſig[361]), und ferner die Beibehaltung der bisherigen Beweisvorſchriften hinſichtlich der Querel als durchaus angemeſſen erweiſen, da, wenn die Teſtamentserben um ihrer turpitudo willen von den Geſchwiſtern nur bei eigener Integrität verdrängt werden durften, von letzteren neben jener auch dieſe nachzuweiſen war, falls die Beklagten nicht etwa lieber den Beweis ihrer Unwürdigkeit antreten wollten[362]). So wenig man ſich nun aber in dieſen beiden Beziehungen zu Aenderungen veranlaßt ſehen konnte, ebenſo wenig war es geboten, die von den Geſchwiſtern durchgeſetzte Querel in ihren Wirkungen zu beſchränken: ein Teſtament, in welchem ſich der Erblaſſer ſchon verächtliche Perſonen zu Erben ernannt und ſeine ehrenwerthen Geſchwiſter ganz übergangen hatte, verdiente es nicht, für die Aufrechthaltung irgend welcher Dispoſitionen deſſelben Sorge zu tragen.

Für eine gleiche Conſervirung des bisherigen Rechts, wie ſie rückſichtlich der Geſchwiſter vollkommen gerechtfertigt war, konnte man ſich bei den Deſcendenten und Aſcendenten nicht entſcheiden, wenn einerſeits ihre Anſprüche gehörig ſicher geſtellt und andererſeits doch auch auf ein gerechtes Maß eingeſchränkt ſein ſollten. Es giebt nur wenige Gründe, welche Eltern dazu beſtimmen dürfen, ſich von ihren Kindern loszuſagen, und noch kleiner iſt die Zahl derer, welche für die Kinder die Pflicht der Dankbarkeit gegen die Eltern aufheben können. Dieſe Gründe, welche die ſchwerſte Schuld vorausſetzen, ſind demnach auch nur geeignet, von den Lie-

361) Daß Nov. 22 c. 47 keine beſtimmten Enterbungsgründe für die Geſchwiſter feſtgeſetzt hat, ſondern von Indignitätsfällen handelt, wird heute kaum noch beſtritten werden, vgl. Puchta, Vorl. §. 490. Brinz, Lehrb. d. Pand. §. 206.

362) Vgl. Note 346.

bespflichten zu entbinden, welche die Natur Eltern und Kindern gegen einander für ihren Todesfall vorschreibt. Ueber die hierher zu zählenden Fälle hatte sich bis auf Justinian in der römischen Praxis keine bestimmte Ansicht gebildet. Da die Entscheidung über die Inofficiosität eines Testaments von dem subjectiven Gerechtigkeitsgefühl des Richters abhing, so erfolgte sie nach dem Totaleindruck; bei den natürlichen Schwankungen jenes Gefühls, das, wenn auch unbewußt, leicht durch unberechtigte Einflüsse bestimmt wird, waren deshalb theils in Wahrheit für die Ausschließung ungenügende Gründe als genügend erachtet, theils wirklich genügende nicht berücksichtigt worden. Unter diesen Umständen ließ sich nicht übersehen, daß es einer gesetzlichen Feststellung der Gründe bedürfe, aus welchen sich Kinder und aus welchen sich Eltern allein der ihnen nach dem Gesetz der Liebe zustehenden Rechte durch ingratitudo unwerth machen könnten [363]). Es mußte also Rechtens werden, daß ein Testament, in welchem der Erblasser seine Kinder oder Eltern nicht unter seine Erben aufgenommen hatte, nur unter der Voraussetzung noch als ein pflichtgemäßes betrachtet werden dürfe, daß er dafür eine der gesetzlichen causae ingratitudinis angeführt habe. Diese Vorschrift würde es aber immer noch ermöglicht haben, eine in Wahrheit inofficiöse Enterbung

363) Nov. 115 c. 3 pr. ... Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero, quum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis serie continentur. c. 4 pr. ... Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire ..., nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

durchzusetzen, wenn es Sache des Notherben war, sich von der Anklage des Testators zu reinigen: denn diese ließ sich in der Weise erdichten, daß jener sie nicht zu entkräften vermochte [364]). Sollte auch dem vorgebeugt werden, so bedurfte es noch der weiteren Bestimmung, daß nicht wie bisher der Notherbe seine Würdigkeit, sondern der Testamentserbe durch den Beweis des Enterbungsgrundes seine Unwürdigkeit darzuthun habe; diesen hierzu in den Stand zu setzen, mußte sich der Testator sittlich verpflichtet fühlen, um keinen Zweifel über die Gerechtigkeit seiner Handlungsweise übrig zu lassen [365]).

Wenn man bei der Enterbung oder Präterition von pflichttheilsberechtigten Kindern und Eltern die Inofficiosität des Testaments eintreten ließ, sobald für dieselbe kein gesetzlicher Grund angeführt oder der angeführte nicht erweislich war, so konnten sie ungerechter Weise in keinem Fall mehr um die ihnen gebührende Ehre der Erbfolge gebracht werden: wo der Testator sie, ohne für seine Rechtfertigung Sorge zu tragen, durch Entziehung dieses Anspruchs gekränkt hat, gewährt ihnen das Gesetz denselben durch die Querel. Selbstverständlich durfte diese auch hier nicht von der Persönlichkeit der instituirten Erben abhängen, sondern das Recht der Kinder und Eltern auf die Erbfolge mußte nicht minder ein absolutes sein wie ihr Recht auf den Pflichttheil, da Niemand dem Testator näher steht als sie; man hatte also an-

364) Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. ...ne liberi falsis accusationibus condemnentur ...

365) Nov. 115 c. 3 § 14. ... Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suum habere firmitatem decernimus. c. 4 § 9.

zuerkennen, daß ihnen selbst die ehrenhaftesten Testamentserben weichen müßten. Dies Anerkenntniß konnte aber nicht erfolgen, ohne daß man auf die verschiedene Beschaffenheit des Testaments hingewiesen wurde, gegen welches Kinder und Eltern, und gegen welches Geschwister mit der Querel auftreten konnten, und ohne daß sich demzufolge die Frage aufdrängte, ob es billig sei, wenn diese Klage trotz jener Verschiedenheit in beiden Fällen gleichmäßig den letzten Willen in seinem ganzen Umfange aufhebe.

Bei den Geschwistern war der letzte Wille pflichtwidrig wegen der schon an sich unwürdigen Wahl der Erben, in der sich documentirte, daß den Erblasser bei der Errichtung des Testaments überhaupt eine gemeine Gesinnung leitete, die, wenn aus ihr der wesentliche Inhalt desselben hervorging, um so mehr für seine anderweitigen Dispositionen vorausgesetzt werden mußte. Bei Descendenten und Ascendenten wurde dagegen die Inofficiosität nicht durch solche schon an sich verwerfliche Erbesernennungen bedingt, die den sittlichen Charakter des ganzen Testaments afficirten, sondern der Vorwurf, welcher den Testator traf, konnte sich hier lediglich auf die seinen Notherben zugefügte Kränkung beschränken, während übrigens seine Verfügungen die löblichsten Motive bezeugten. Hier forderte deshalb sowohl die Rücksicht auf den Erblasser wie auf die von ihm bedachten Personen den letzten Willen soweit aufrecht zu erhalten, als dies neben der den Notherben zu gewährenden Genugthuung möglich war. Bei der gegenwärtigen Größe des Pflichttheils wurde ihnen diese offenbar immer noch im vollen Maße zu Theil, wenn sie durch die Querel wie Intestaterben zur Erbfolge gelangten und aus dem Nachlaß mindestens ihre portio legitima erhielten; man konnte daher jener Rücksicht dadurch gerecht werden, daß man die Rescission des Testaments nicht weiter

erſtreckte, als es nöthig war, um dies Reſultat herbeizuführen, und daß man demgemäß mit Ausnahme der Erbeinſetzungen allen vom Teſtator getroffenen Anordnungen, namentlich Vormundſchaften, Freilaſſungen und Vermächtniſſen[366]), ſoweit die jeden Pflichttheil nicht verletzten, ihre volle Geltung auch den Notherben gegenüber ließ. Es wurde deshalb auch noch dieſe Beſtimmung getroffen und mit ihr das Notherbenrecht der Novelle 115[367]) vollendet.

Nach der Entſtehungsgeſchichte dieſes Geſetzes, wie ſie an der Hand deſſelben in der bisherigen Darſtellung entwickelt iſt, ſteht die Quelle, aus welcher Juſtinian ſein neues Notherbenrecht abgeleitet, und damit die Wirkung, welche er an die Verletzung ſeiner Vorſchriften geknüpft hat, ebenſo unzweifelhaft feſt, wie das Verhältniß, in welches die Novelle zu dem früheren Rechte treten ſollte.

Seinen Urſprung hat das Recht der Novelle 115 ausſchließlich in dem officium pietatis, da ſich ihr ausgeſprochener Zweck darauf beſchränkt, jenem gemäß Kinder und Eltern vor der iniuria praeteritionis et exheredationis zu ſchützen[368]).

366) Vgl. l. 8 § 16 D. de inoff. test. (5. 2).

367) Nov. 115 c. 3 § 14. ... Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. c. 4 § 9.

368) Nov. 115 c. 5 pr. ... Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Vgl. Note 356.

Zielen nun aber hierauf allein alle Vorschriften der Novelle ab, so kann auch, wo der Erblasser gegen dieselben gefehlt hat, das Testament stets nur ein inofficiöses, niemals ein nichtiges werden, gleichviel ob die Anforderungen des Gesetzes unerfüllt geblieben sind, weil der Testator unterlassen, für die Erweisbarkeit des Enterbungsgrundes zu sorgen, oder aber, weil er gar keinen Grund oder selbst gar keine Exheredation erklärt, sondern den Notherben präterirt hat: denn wenn die vorgeschriebenen Formen nur Schutz gegen Lieblosigkeit gewähren wollen, so darf auch, wo sie nicht beobachtet sind, nur die mit dieser verbundene Folge eintreten. Die aus der Novelle 115 zuständige Klage kann demnach hier wie dort keine andere sein, als die querela inofficiosi testamenti und zwar, abgesehen von den Modificationen bezüglich ihrer Begründung und Wirkung, mit allen ihren früher erörterten Eigenthümlichkeiten, zu denen insbesondere auch noch die zählt, daß der im Proceß unterliegende Kläger durch den Verlust des ihm Hinterlassenen gestraft wird [369]). Ueberall erhält also aus der Novelle nur der verletzte Notherbe den Anspruch auf Verfolgung seines Intestaterbrechts. Deshalb kann sich, je nachdem Kinder oder Eltern die Querel anstellen, mit derselben ein verschiedenes Ergebniß verknüpfen. Bei Kindern muß sich die Sache stets so gestalten, daß sie die Testamentserben gänzlich verdrängen und allein ab intestato zu gleichen Theilen zur Erbschaft gelangen. Bei den Eltern dagegen, neben denen lege noch andere Personen [370]) berufen sein können, ist aus diesem Grunde eine blos theilweise Rescission der Erbeinsetzungen

369) l. 8 § 14, l. 22, l. 30 § 1 D. (5. 2), l. 5 § 7—11 D. de his quae ut indign. auf. (34. 9).

370) Vor der Novelle 118 blos vollbürtige Geschwister, vgl. S. 48.

möglich. Die von einander abweichende Ausdrucksweiſe, durch welche in der Novelle die Erbfolge der Notherben bei Deſcendenten und bei Aſcendenten beſtimmt iſt, hat daher ihren guten Grund; ſie ſoll eben auf jene Verſchiedenheit hinweiſen [371]).

Unter den heutigen Theorieen über das Rechtsmittel aus der Novelle 115 ſtellt ſich hiernach entgegen den verſchiedenen Nullitäts- und gemiſchten Syſtemen das auch in den Baſiliken anerkannte [372]) Inofficioſitätsſyſtem als das allein haltbare heraus [373]).

Was nun aber das Verhältniß der Novelle zu dem früheren Rechte betrifft, ſo finden die in dieſer Beziehung oben aus inneren Gründen gewonnenen Reſultate theils direct, theils indirect auch in den Worten des Geſetzes ihre Beſtätigung. Dieſe bezeugen zunächſt, daß das Recht der

371) Von den Deſcendenten heißt es Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. ... quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire (*ὅσον εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἀνήκει τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἔρχεσθαι*), von den Aſcendenten c. 4 § 9 ... nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed rescisso testamento iis, qui ab intestato ad hereditatem vocantur (scil. ex causa inofficiosi), res eius dari disponimus (*μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τὸ γε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἔχειν θεσπίζομεν, ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν, καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν*).

372) Vgl. die Scholien zu Basil. XXXIX. I. 3. 6. 8. 15. 24. 25.

373) Das Inofficioſitätsſyſtem vertheidigt gegenwärtig auch Brinz, Lehrb. d. Pand. § 174. Zu den namhafteſten Repräſentanten des Nullitätsſyſtems gehört v. Wangerow, Lehrb. d. Pand. § 485 (ihm folgt Bering, Röm. Erbr. S. 422), zu denen des gemiſchten Syſtems Puchta, Pand. u. Vorl. § 493. Siehe übrigens die Literatur bei v. Wangerow a. a. O.

Geschwister durch die Novelle in keiner Weise berührt ist: denn die Anwendbarkeit ihrer Vorschriften wird ausdrücklich auf die Descendenten und Ascendenten beschränkt[374]). Sie bezeugen ferner, daß aus der Novelle Kindern und Eltern ihr volles Recht zu Theil geworden ist, sobald sie zu Erben ernannt sind, und daß daneben eine blos unvollständige Hinterlassung des Pflichttheils wie bisher nur die actio suppletoria begründet, selbst wenn der Testator ersichtlich die Ergänzung des Pflichttheils nicht gewollt hat; da indessen nach dem neusten Rechte Kinder und Eltern nur aus bestimmten Gründen für undankbar erklärt werden dürfen, so muß ihnen jetzt natürlich die actio suppletoria auch dann mit Erfolg zustehen, wenn sie ohne Anführung eines solchen Grundes blos im Allgemeinen als ingrati bezeichnet worden sind[375]). Endlich bezeugen die Worte der Novelle auch die vollkommene Aufhebung des Präteritionssystems. Nach diesem mußten in der Gestalt, die es unter Justinian angenommen hatte, die liberi entweder bedacht oder exheredirt werden; waren sie präterirt, so zog dies bei den sui die Nichtigkeit des ganzen Testaments, bei den emancipati die b. p. contra tabulas nach sich, durch welche neben den Erbeinsetzungen stets auch die Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben wurden. Gegen jene Vorschrift und gegen diese Wirkungen ihrer Verletzung erklärt sich die Novelle mit der-

374) Nov. 115 c. 4 § 9. ... Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt.

375) Nov. 115 c. 5 pr. ... Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus iis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Vgl. Note 347.

ſelben Beſtimmtheit. Gleich der erſte Satz, den ſie aufſtellt, iſt gegen das Princip des Präteritionsſyſtems gerichtet: denn dieſer lautet dahin, daß es fortan weder Vater noch Mutter geſtattet ſein ſoll, den Sohn oder die Tochter, ſowie ſonſtige Kinder ohne Erbeinſetzung blos durch Schenkung oder Vermächtniß mit dem Pflichttheil zu bedenken [376]). Und in Uebereinſtimmung hiermit wird dann weiterhin auch den Folgen, welche ſich mit der Nichtbeachtung des Präteritionsſyſtems verbanden, ausdrücklich ihre Geltung entzogen: alle Geſetze, welche hinſichtlich der in der Novelle angeordneten Aufrechthaltung der Vermächtniſſe u. ſ. w. etwas Widerſprechendes beſtimmen, ſollen fernerhin nicht mehr zur Anwendung kommen [377]). Von allen andern Gründen abgeſehen, kann alſo ſchon nach dem Wortlaut der Novelle von einer Fortdauer des alten Notherbenrechts für die liberi nicht die Rede ſein.

Dem Präteritionsſyſtem gehören nun aber auch alle jene Exheredationsformalitäten an, welche den Teſtator nach Einführung des ſchriftlichen Teſtaments von der ungerechten Enterbung ſeiner liberi zurückhalten ſollten [378]). Daß auch dieſe mit jenem ihre Bedeutung verloren haben, nachdem für ihren Zweck, dem ſie ſtets nur in unvollkommenſter Weiſe dienen konnten, durch die vorgeſchriebene Anführung eines geſetzlichen Enterbungsgrundes auf's Wirkſamſte Sorge ge-

376) Nov. 115 c. 3 pr. ... non licere penitus patri vel matri ... suum filium vel filiam, vel ceteros liberos praeterire vel exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum ... iis dederint legibus debitam portionem.

377) Nov. 115 c. 4 § 9. ... Si quid autem pro legatis, sive fideicommissis, aut libertatibus, aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.

378) Vgl. S. 97 ff.

tragen war, wird man mit Grund nicht in Abrede ſtellen können. Schon nach dem Recht vor der Novelle war die Gültigkeit einer Enterbung nicht mehr von der Wahl eines formell beſtimmten Ausdrucks [379]) und ebenſowenig davon abhängig, daß ſie wörtlich ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus erfolgte [380]), ſondern es wurde anerkannt, daß nur der Meinung des Teſtators, nicht den Worten Gewicht beizulegen ſei. Seit der Novelle 115 kann auch die exheredatio ex certa parte, post aditam hereditatem und post mortem exheredati nicht mehr nichtig ſein, ſobald ein Enterbungsgrund hinzugefügt iſt; und unter dieſer Vorausſetzung darf auch die blos bedingte Exheredation ohne Einſetzung sub conditione contraria, ſowie die blos bedingte Einſetzung ohne die auf den entgegengeſetzten Fall ausgeſprochene Enterbung nicht mehr der Präterition gleich geachtet werden: denn der Notherbe, welcher ganz und unbedingt von der Erbſchaft ausgeſchloſſen werden konnte, hat ſich gewiß nicht über Liebloſigkeit zu beklagen, wenn dies nur zum Theil oder bedingt vom Teſtator geſchehen iſt. Insbeſondere liegt jetzt auch in der blos bedingten Exheredation keine Präterition, wenn die conditio ausfällt, weil in derſelben zugleich die eventuelle Erbeinſetzung erklärt iſt, da es nach Juſtinianeiſchem Recht bei dieſer auf eine beſtimmte Form nicht ankommt [381]).

379) c. 3 C. de lib. praet. (6. 28). (Note 354.)

380) c. 1 C. eod. Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adiiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur iuri satisfactum. Et ideo, etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum cum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredarat, recte factum testamentum videtur. Vgl. l. 3 § 2—6 D. de lib. et post. (28. 2).

381) c. 15 C. de testam. (6. 23). ... quibuslibet confecta sententiis vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.

Von den beiden Anſichten, welche ſich in der heutigen Doctrin über das Verhältniß der Novelle 115 zu dem früheren Notherbenrecht der liberi gebildet haben, muß alſo das ſ. g. Corrections- oder Additionalſyſtem, nach welchem das letztere in Geltung geblieben ſein ſoll, entſchieden verworfen werden[382]); das Derogations- oder Reformſyſtem und zwar in ſeinem weiteſten Umfange, in welchem es ſich für den Untergang ſowohl der Rechtsmittel wie der Formvorſchriften des alten Rechts entſcheidet[383]), ſteht allein mit dem Inhalt der Novelle und überhaupt dem ganzen Geiſte der neueren Geſetzgebung Juſtinian's in Einklang. Dieſer iſt auf Vereinfachung des Rechts gerichtet. Deshalb verſchwindet bei der Neugeſtaltung deſſelben überall der Dualismus des civilen und prätoriſchen Rechts und unter Abſtreifung aller Formalitäten, die ihres Inhalts beraubt ſind, kommt es zur Einheit; ſo im teſtamentariſchen Erbrecht, ſo auch im Inteſtat- und Notherbenrecht. Hier iſt ſie durch die Novelle 115, dort ein Jahr ſpäter durch die Novelle 118 hergeſtellt worden.

382) Zu den neuſten Anhängern des Additionalſyſtems gehört, an v. Bangerow, Lehrb. d. Pand. § 486 ſich anſchließend, Vering, Römiſches Erbrecht S. 424.

383) Das Reformſyſtem in dieſem Umfange, jedoch mit gewiſſen Modificationen, vertheidigt namentlich Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten § 28 u. 31; ihm folgen u. A. Arndts, Lehrb. d. Pand. § 598. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht Bd. 3 S. 611 Anm. Dagegen nimmt z. B. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 37 S. 192 ff. die Fortdauer der Formvorſchriften des alten Rechts für die sui und emancipati an. Und Manche wollen dieſe ſogar bei allen Deſcendenten und Aſcendenten zur Anwendung gebracht wiſſen, vgl. Puchta, Pand. § 493 Note e. Heumann, Ueber das neuſte Notherbenrecht nach Novelle 115, in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Proceß Bd. 17 S. 161 ff. Siehe auch Brinz a. a. O. S. 788.

Erſtes Buch.

Die allgemeinen Lehren des Erbrechts.

Erſtes Buch.
Die allgemeinen Lehren des Erbrechts.

Erſtes Kapitel.
Vom Nachlaß.

I. Die Erbſchaft*).

§ 1.

Eine Erbſchaft ſetzt zu ihrer Exiſtenz den erweislich eingetretenen, oder im Fall der Verſchollenheit[1]) den rechtlich

*) Vgl. Glück, ausführl. Erläuter. der Pand. Bd. 43. S. 4—38.

1) Nach den ausgezeichneten Unterſuchungen von Bruns über die Verſchollenheit in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. deutſch. Rechts Bd. 1 S. 90 ff. darf die bisherige Streitfrage über den Zeitpunkt des Todes eines Verſchollenen, wenigſtens für den Fall, wo es ſich um die Beerbung eines ſolchen handelt, als erledigt betrachtet werden. Es iſt darnach gemeine deutſche Gewohnheit, daß der Verſchollene bis zum 70. Jahre als lebend und mit Zurücklegung deſſelben als todt präſumirt wird. Die Edictalcitation ſoll nicht die Todespräſumtion erſt vorbereiten, und die richterliche Todeserklärung ſie nicht erſt definitiv begründen, ſondern jene hat nur die Bedeutung, den Verſchollenen für den noch immer möglichen Fall ſeines Lebens zur Kundgabe zu veranlaſſen, dieſe iſt nur ein declaratoriſches Decret, welches lediglich die Exiſtenz der Vorausſetzungen für die Todespräſumtion ausſpricht. Letztere tritt mit dem Tage, wo der Verſchollene das 70. Jahr vollendet, von ſelbſt ein. Die neuere Praxis war bisher ebenſo ſchwankend wie die Theorie. Es fehlt nicht an Urtheilen, in denen die richtige Anſicht zur Anwendung gekommen iſt, vgl. Archiv für prakt. Rechtswiſſenſch. Bd. 3 S. 435.

vermutheten Tod einer vermögensfähigen Person voraus. Wer unfähig ist, actives Vermögen zu besitzen, und deshalb

Bd. 7 S. 178, Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 298 und Blätter für Rechtsanwendung Bd. 25 S. 376; es fehlt aber auch nicht an solchen Erkenntnissen, in welchen erst der Tag der Todeserklärung als der Todestag des Verschollenen angesehen wird, Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 31. Und selbst die Meinung ist praktisch geworden, daß jene Rechtsvermuthung dem bisherigen Zustande der Ungewißheit nur insoweit ein Ende mache, als anzunehmen sei, der Verschollene lebe nun nicht mehr, daß sie dagegen darüber, wann der Tod erfolgt sei, nichts entscheide: wer einen Anspruch darauf gründet, daß der Verschollene bis zum 70. Jahre oder bis zu einer andern früheren Zeit fortgelebt habe, soll daher dies als das Fundament seines Rechts beweisen müssen, Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 160, Bd. 7 Nr. 356, Bd. 9 Nr. 254 und Blätter für Rechtsanwend. Bd. 25 S. 378.

Ueberdies hat man auch bereits die Möglichkeit der Todesannahme vor dem 70. Jahre anerkannt, falls die Umstände den früheren Eintritt des Todes dringend vermuthen lassen, Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 356. Eine Analogie findet sich dafür in der alten sächsischen Praxis des XVI. Jahrhunderts, wo noch die hundertjährige Lebenspräsumtion die Regel bildete, insofern nach ihr unter besonderen Umständen, namentlich bei langer Abwesenheit und hohem Alter, der frühere Tod der Wahrscheinlichkeit wegen als bewiesen angenommen werden konnte. Die Theorie und Praxis des XVIII. Jahrhunderts haben sich aber dahin festgesetzt, daß die Todespräsumtion an das 70. Jahr geknüpft ist, Bruns a. a. O. S. 147 ff. S. 175 und 179. Hinsichtlich der erst nach dem 70. Lebensjahre eintretenden Verschollenheit hat sich im gemeinen Recht eine feste Ansicht nicht gebildet. Mit Rücksicht auf Psalm 90, 10 und die Ulpianische Lebenstabelle in l. 68 D. ad leg. Falcid. (35. 2) rechtfertigt es sich aber, hier mit Ueberschreitung des 80. Jahres, oder wenn auch dieses Alter vor die Verschollenheit fällt, nach je fünf Jahren der Abwesenheit die Todespräsumtion eintreten zu lassen, Bruns a. a. O. S. 186 u. S. 201.

Ueber die römischrechtlichen Präsumtionen für die Priorität des Todes bei mehreren Commorienten vergleiche auf der einen Seite Kierulff, Theorie des gem. Civilr. S. 91, und Böcking, Institutionen § 32 Note 11, auf der anderen v. Vangerow, Lehrb. der Pand. § 33 Anm. 2. und v. Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. 2 S. 20 ff. Siehe auch Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 125.

auch Schulden nur bis zu seinem Tode haben kann, hinterläßt seiner sonstigen Rechtsfähigkeit ungeachtet keine Erbschaft[2]). Denn es haben nur die Bestandtheile des Vermögens und, mit Ausnahme des Erbrechts[3]), die mortis causa erworbenen Rechte, welche die Möglichkeit einer Vermögensacquisition gewähren[4]), eine von der Existenz ihres Inhabers unabhängige Dauer[5]); die in öffentlichen[6]) und ebenso die in Familienverhältnissen[7]) begründeten Rechte und Verbindlich-

2) So nach altem römischen Recht der filiusfamilias: Ulpian. frgm. XX. 10. Filiusfamilias testamentum facere non postest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. l. 57 D. de iudic. (5. 1). Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio, sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem duntaxat de peculio et quod in rem eius versum est. Nach canonischem Recht verhält es sich so mit dem Ordensgeistlichen, welcher Alles für sein Kloster erwirbt: c. 7 C. 19 qu. 3. Quia ingredientibus monasterium convertendi gratia ulterius nulla sit testandi licentia, sed res eorum eiusdem monasterii iuris fiant, aperta legis definitione decretum est. c. 2 X. de testam. (3. 26). Vgl. Nov. 5 cap. 5. Nov. 123 cap. 38.

3) c. un. §. 5. C. de caduc. tollend. (6. 51.)

4) l. 31 pr. D. de mort. causa donat. (39. 6.) l. 19. 20 D. quae in fraud. credit. (42. 8.)

5) Cicero, Top. c. 6. Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. l. 222 D. de V. S. (50. 16). Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam iura continentur. l. 18 § 2 D. de H. P. (5. 3).... placuit universas res hereditarias in hoc iudicium (hereditatis petitionem) venire, sive iura, sive corpora sint. l. 19 pr. D. eod. et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve...

6) Ueber Erbämter vgl. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. 1 S. 633, Bd. 2 S. 24, und über die Realisirung öffentlicher Vermögensstrafen gegen die Erben Hefftter, Lehrb. des gem. deutsch. Criminalr. §. 192.

7) Familienrechte und Familienpflichten folgen denjenigen Personen, welche nach dem Verstorbenen dessen Stellung in der Familie einnehmen:

keiten ſind ihrer Natur nach an die phyſiſche Perſon des Menſchen geknüpft und gehen daher mit dieſer unter.

---

l. 46 D. fam. herc. (10. 2) mortuo patre quaedam filios sequuntur, etiam antequam heredes fiant, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. l. 56 § 2 D. de iure dot. (23. 3). Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor. Ihr Nachrücken beruht alſo nicht auf erbrechtlicher Succeſſion, ſondern auf eigenem Rechte: l. 16 § 1 D. de tutel. (26. 1). Et sciendum est, nullam tutelam hereditario iure ad alium transire. Sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt. Uebrigens läßt ſich der Begriff der Familienrechte nicht, wie es heute geſchieht, auf die bekannten Rechte an Perſonen beſchränken. Alle Rechte und Verbindlichkeiten, die der Menſch als Glied der Familie hat, die nicht zu ſeinem Vermögen gehören, und die bei ſeinem Tode, ſoweit ſie nicht ganz untergehen, entweder unabhängig von ſeinem Nachlaß andern Familiengliedern als ſolchen folgen, oder doch nur deshalb per hereditatem an die Erben gelangen, weil dieſe zur Familie zählen (wie z. B. die iura sepulcrorum, vgl. Note 73 ff. und Note 93), haben hierdurch in der That denſelben Charakter wie die Familiengewalten, welcher Gegenſtand auch durch ſie der rechtlichen Herrſchaft unterworfen iſt. Aus dieſem Grunde muß auch das Erbrecht (ius succedendi) den Familienrechten zugezählt werden, und ebenſo der Dotations- und Alimentationsanſpruch; auch letzterer gründet ſich in der Verwandtſchaft, giebt dem Berechtigten zunächſt nur eine facultas acquirendi, und legt demgemäß dem Verpflichteten nur ein officium auf, das ſich bei deſſen Tode als ſolches, gerade ſo wie die oben erwähnten onera matrimonii, auf andere Familienglieder überträgt. c. 7 C. de prom. dot. (5. 11), l. 6 D. de collat. (37. 6); l. 5 § 2 § 15 D. de agn. et al. lib. (25. 3), c. 8 § 5 C. de bon. quae lib. (6. 61). Auf die Erben als ſolche geht die Alimentationspflicht nicht über. Nur die Erben der Kinder ſollen verbunden ſein, deren Eltern zu alimentiren, falls die Kinder ſelbſt ſchon denſelben Alimente gereicht hatten, und dies durch die äußerſte Armuth der Eltern veranlaßt worden war, l. 5 § 17 D. de agn. et al. lib. (25. 3). Neu entſtehen kann die Verbindlichkeit bei fremden Erben nicht, da ſie lediglich in dem Pietätsverhältniß der Kinder zu den Eltern ihren Entſtehungsgrund hat, Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 205. — Die nach gemeiner Praxis beſtehende Alimentationspflicht des unehelichen Vaters iſt aber vererblich, obwohl ihr obligatoriſcher Grund nicht Delict, ſondern die

Ganz unberührt läßt der Tod selbst das Vermögen des Menschen nicht, da auch einzelne Vermögensrechte der Person

---

Zeugung, d. h. die dadurch begründete Verwandtschaft ist, Wächter, Archiv für civilistische Praxis Bd. 25 S. 396. Alle Delictsklagen haben irgend eine dem Kläger zugefügte Rechtskränkung zur Voraussetzung, und Schadensersatz oder Privatstrafe zum Gegenstande. Davon kann hier nicht die Rede sein: denn es kann weder die Erzeugung des Kindes als eine Rechtskränkung desselben, noch die ihm zu leistende Alimentation als Schadensersatz oder Privatstrafe angesehen werden. In der neueren Praxis hat denn auch die Auffassung der Alimentationspflicht als obligatio ex delicto keinen Eingang gefunden, Seuffert, Archiv Bd. 4 Nr. 255, Bd. 6 Nr. 47, Bd. 11 Nr. 43, Bd. 12 Nr. 162. Der außereheliche Beischlaf ist nur eventuell ein Delict gegen die Mutter des Kindes, welches diese mit der s. g. Defloration sklage (Note 20) verfolgt. Das römische Recht verknüpft deshalb auch nicht mit dem Stuprum die Alimentationspflicht, l. 5 § 6 D. de agn. et al. lib. (25. 3), sondern nur mit dem Concubinat. In dem dauernden Zusammenleben findet es eine hinreichende Gewißheit für die Paternität, wie sie die Alimentationsverbindlichkeit und das eventuelle Erbrecht fordern, Nov. 89 c. 12 § 4, § 5, eine vorübergehende Geschlechtsverbindung macht aber die Vaterschaft nur wahrscheinlich genug, um ein Ehehinderniß zu bewirken, l. 14 § 2 D. de ritu nuptiar. (23. 2). Nach römischem Recht sind also die Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und seinen unehelichen Kindern nur eine Wirkung der Verwandtschaft zwischen beiden. Die gemeinrechtliche Praxis weicht nun aber von demselben nur in den Erfordernissen für die juristische Gewißheit dieser Verwandtschaft ab; diese erbringt schon der Beweis des Beischlafs in der gesetzlichen Conceptionszeit, und wie sie beim congressus cum pluribus ein Ehehinderniß für alle Concumbenten bewirkt, so erzeugt sie in diesem Fall auch eine Mehrheit solidarischer Obligationen auf Alimentation, Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 167. Ungeachtet hiernach als Grund der Alimentationsverbindlichkeit die Verwandtschaft betrachtet werden muß, geht sie dennoch auf die Erben des natürlichen Vaters über. Denn wenn es auch der Natur der Familie entspricht, die Alimentation der ehelichen Kinder als eine rein familienrechtliche Verpflichtung zu betrachten, die mit dem Tode des Vaters unabhängig von seinem Vermögen den natürlichen Ascendenten folgt, so muß sie sich doch bei unehelichen Kindern, denen es juristisch an solchen Ascendenten fehlt, nothwendig in eine vermögensrechtliche und damit vererbliche Verbindlichkeit verwandeln. Dies wird denn

inhäriren. Es ſind dies die perſönlichen Servituten[8]), die perſönlichen Privilegien[9]), und diejenigen Forderungen und Schulden, welche Leiſtungen zum Gegenſtande haben, die ihrer Beſchaffenheit nach nur an den urſprünglichen Creditor und nur von dem urſprünglichen Debitor gemacht werden

---

auch im römiſchen Recht für Concubinenkinder anerkannt, Nov. 89 c. 12 § 6; heute muß es für uneheliche Kinder überhaupt gelten, da ihr Vater geſetzlich nicht mehr nothwendig ein pater incertus iſt, Seuffert, Archiv Bd. 11 Nr. 42. Die Annahme mancher Juriſten z. B. Puchta's (Vorleſ. § 316), daß nur die vom Vater freiwillig anerkannten unehelichen Kinder den römiſchen Concubinenkindern gleich zu ſtellen ſeien, erſcheint, ſoweit es ſich um die Alimentationsverbindlichkeit handelt, vom Standpunkt des heutigen Rechts ganz willkürlich. — Ueber die Unvererblichkeit vom Erblaſſer angeſtellter Standesklagen vgl. Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 75, Bd. 10 Nr. 265.

8) l. 3 § 3 D. quib. mod. ususfr. am. (7. 4). Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret. l. 1 § 43 D. de aqua quot. (43. 20), l. 26 D. de stip. servor. (45. 3), l. 1 pr. D. quando dies ususfr. (7. 3).

9) l. 196 D. de R. J. (50. 17). Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt. l. 68 D. eod. Selbſtverſtändlich handelt es ſich hier nur um Privilegien aus einem ſingulären Rechtsſatz, alſo um Ausnahmsrechte, die nach poſitivem Recht erworben ſind und nach demſelben gewiſſen Rechtsverhältniſſen bald dauernd inhäriren (privilegia causae), bald nur ſo lange, als gewiſſe Perſonen ihr Subject ſind (privilegia personae). Zu den erſteren gehören z. B. das beneficium restitutionis in integrum, l. 18 § 5. l. 24 § 2 D. de minor. (4. 4), die exceptio S. C. Macedoniani und Velleiani, l. 7 § 10 D. de S. C. Maced. (14. 6), c. 20 C. ad S. C. Velleian. (4. 29), und die meiſten privilegia exigendi, zu den letzteren namentlich das beneficium competentiae, l. 23—25 D. de re iud. (42. 1) und ein Theil der privilegia exigendi, vgl. Puchta, Pandect. § 248, — Privilegien aus einer constitutio personalis gehen natürlich ſtets mit dem Individuum — Perſon oder Sache —, dem ſie verliehen ſind, unter.

können[10]). Wirkliche Vermögensbestandtheile, die mit dem Tode des Menschen erlöschen, giebt es weiter nicht; wohl aber gehen mit demselben noch Zustände, Rechte und Rechtsverhältnisse unter, die eine vermögensrechtliche Bedeutung haben, insofern sie theils die factische Voraussetzung, theils die rechtliche Quelle und der Titel für gewisse Vermögenserwerbungen sind, und die aus diesem Grunde bei ihrer sonst völlig verschiedenen Natur doch sämmtlich darin mit einander und mit den mortis causa erworbenen Rechten übereinkommen, daß sie nicht schon selbst zum Vermögen gehören, sondern nur die Acquisition von Vermögensrechten herbeiführen können. Hierher zählen der Besitz des Erblassers, als seine blos thatsächliche Herrschaft über Sachen[11]), dann alle Verträge, die nur im Vertrauen auf seine Individualität

10) Z. B. ein zu bestellender Nießbrauch, l. 38 § 10—12 D. de V. O. (45. 1), oder die Leistungen eines Dienstboten aus der locatio conductio operarum, vgl. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 2 § 106.

11) l. 1 § 15 D. si is qui testam. lib. (47. 4). ... possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. l. 23 pr. D. de acq. vel am. poss. (41. 2). Quum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet. Auch der durch einen Stellvertreter ausgeübte Besitz des Erblassers geht mit seinem Tode unter, l. 30 § 5 D. eod. War der Erblasser ein precario accipiens, so erlischt durch seinen Tod auch das precarium selbst, l. 12 § 1 D. de prec. (43. 26), während es durch den Tod des precario dans nicht aufgehoben wird, l. 8 § 1 D. eod., vgl. v. Bangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 3 S. 637. — Im Widerspruch mit den Quellen wollen manche Juristen, z. B. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. Bd. 1 Nr. XV S. 201 ff., auch den juristischen Besitz ipso iure auf den antretenden Erben übergehen lassen; vgl. dagegen Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 S. 80 ff. Auch Bering, Röm. Erbrecht S. 96 Note 2 und 3 will der Erbschaft nicht überhaupt den Besitz abgesprochen wissen: „als Fortsetzerin der Persönlichkeit des Verstorbenen, erscheint sie, insofern es zu diesem Zweck

geſchloſſen ſind[12]), ſowie ſchließlich diejenigen Obligationen, welche die Beſtimmung haben, einem öffentlichen oder ſittlichen Zwecke zu dienen[13]), und die deshalb erſt Vermögensobjecte werden, wenn ſie nach römiſchem Recht durch Litisconteſtation, nach heutigem Recht durch die Inſinuation der Klage den Charakter contractlicher Forderungen und Schulden angenommen haben[14]).

---

nöthig iſt, als Beſitzerin.“ Dies ſoll daraus erhellen, daß die vom Erblaſſer begonnene Uſucapion durch die hereditas fortgeſetzt wird. Hier handelt es ſich aber in der That um eine ſinguläre Erſitzung ohne Beſitz, vgl. unten § 2 Note 55 ff.

12) l. 26 pr. § 1, l. 27 § 3 D. mand. v. contr. (17. 1). ... mandatum solvitur morte. l. 4 § 1, l. 65 § 9 D. pro socio (17. 2). Morte unius societas dissolvitur. l. 6 § 6 D. de his, qui not. infam. (3. 2).

13) J. IV. 12: de perp. et temp. act., et quae ad hered. et in hered. transeunt. C. IV. 17: ex delict. defunct. in quant. hered. conven. Vgl. W. Francke, vom Uebergang der perſönlichen Klagen auf die Erben des Schuldners, in deſſen Beiträgen zur Erläuter. einzelner Rechtsmaterien I. 1, Kierulff, Theorie des gem Civilr. S. 215 ff., v. Savigny, Syſtem Bd. 5 § 211 und 230, Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 S. 8—38, Windſcheid, Die Actio S. 27.

14) l. 139 D. de R. J. (50. 17). Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent. § 1. Non videtur perfecte cuiusque id esse, quod ex casu auferri potest. Nach l. 33 D. de O. et A. (44. 7) könnte man glauben, es bewirke nach römiſchem Recht ſchon die Anſtellung der Klage den Uebergang auf die Erben. Allein die Stelle ſpricht nur von Fällen, wo der Verſtorbene die Litisconteſtation durch Zögerung verhindert hat, l. 10 § 2 si quis caution. (2. 11).; vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 47 Note g und Glück, Commentar Bd. 6 S. 196 Note 97. Die K.-G.-O. von 1555 Th. 2 Tit. 9 § 6 verbindet für den ſpeciellen Fall des Landfriedensbruchs den Uebergang der Strafklage gegen die Erben mit der Litispendenz. Das heutige Recht legt überall die dem Beklagten nachtheiligen Folgen der Litisconteſtation ſchon der Inſinuation der Klage bei, Kierulff a. a. O. S. 280 ff., v. Savigny a. a. O. Bd. 6 S. 237 ff.

Forderungen dieser Art repräsentiren im römischen Recht die actiones populares, mit denen der Einzelne gemeingefährlichen Handlungen gegenüber das öffentliche Interesse vertritt[15]), und die s. g. actiones meram vindictam spirantes, Klagen, die sich ebenfalls nicht in einer Vermögensverletzung, sondern in einer Kränkung des Klägers gründen und nur den sittlichen Zweck einer persönlichen Genugthuung haben[16]). Die sonstigen Pönalklagen setzen eine Läsion des Vermögens, also eine Handlung voraus, die nicht blos die Person des Verletzten trifft; sie bleiben deshalb beim Tode desselben in seiner Erbschaft zurück[17]). — Im heutigen Recht sind bei der veränderten Natur des Staats die Popularklagen überhaupt unpraktisch geworden[18]), die actiones vin-

15) l. 1 D. de pop. act. (47. 23). Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur. l. 43 § 2 D. de procur. (3. 3). l. 12 pr. D. de V. S. (50. 16). . . ex populari causa ante litis contestationem recte dicetur, creditoris loco non esse, postea esse. l. 7 pr. D. de pop. act. (47. 23). Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano.

16) l. 6 D. de sep. viol. (47. 12)... quum haec actio (sepulcri violati) non ad rem familiarem eiusdem, magis ad ultionem pertineat. l. 28 D. de iniur. (47. 10). Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. l. 2 § 4 D. de collat. (37. 6). . . . magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. l. 32 D. ad leg. Falc. (35. 2). Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, iniuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit.

17) §. 1 J. de perp. et temp. act. (4. 12). . . Sed heredibus huiusmodi actiones (poenales) competunt, nec denegantur excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. l. 1 § 1 D. de priv. del. (47. 1). . . . exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est.

18) Eine die res publica bedrohende Handlung bedroht und verletzt bei der heutigen Natur des Staats nur diesen als Ganzes, nicht den Einzelnen; es verfolgt deshalb solche Verletzungen nur der Staat selbst durch die ihn in dieser Richtung vertretende Polizei, Kierulff a. a. O. S. 217.

dictam spirantes aber bis auf einige Fälle, welche theils dem römiſchen Recht[19]), theils der Praxis[20]) angehören, durch Criminalſtrafen verdrängt[21]). Es entſpricht dies dem Grundſatz des heutigen Strafrechts, nach welchem, wo die

---

19) Dies ſind die actio iniuriarum, l. 13 pr. D. de iniur. (47 10), die Klage auf Rückgabe einer Schenkung propter ingratitudinem, c. 7. 10 C. de revoc. don. (8. 56), die Klage auf die noch praktiſchen Vermögensſtrafen der Eheſcheidung, Nov. 117 cap. 8. 9. c. 11 § 1 C. de repudiis (5. 17), vgl. Ortloff in ſeinen, Heimbach's und Vermehren's juriſt. Abhandl. und Rechtsfällen Bd. 2 S. 18. 78, Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 57. Die querela inofficiosi testamenti zählt zwar auch zu den actiones vindictam spirantes, hat aber ihre eigenthümliche Natur. Da es ſich bei ihr nicht um eine Forderung, ſondern um Verfolgung eines Inteſtaterbrechts handelt, ſo wird ſie ſchon vererblich durch ihre ſ. g. Präparation, und pflichttheilsberechtigte Deſcendenten transmittiren die Querel ſogar ohne eine ſolche Vorbereitung, wenn ſie während der Deliberation des Teſtamentserben geſtorben ſind, l. 6 § 2, l. 7 D. de inoff. testam. (5. 2), c. 34 C. eod. (3. 28); vgl. Einleitung S. 115 ff.

20) Zu ihnen gehört die Klage auf Schmerzensgeld, Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 138, Bd. 13 Nr. 31, und die Deflorationsklage, Seuffert a. a. O. Bd. 9 Nr. 164, Kierulff a. a. O. S. 227.

21) Die auf dieſe Weiſe verdrängten actiones vindictam spirantes ſind die actio sepulcri violati, l. 6. 8. 10 D. de sep. viol. (47. 12), die actio de mortuo inferendo, l. 9 D. de relig. (11. 7), die actio de calumniatoribus, l. 4 D. de calumn. (3. 6) und die actio de effusis et deiectis bei Beſchädigung eines Menſchen, vgl. Hefftter, Lehrb. des Criminalr. § 354, § 340, § 406 Note 1, § 283 Note 4. Die actio de moribus, l. 15 § 1 D. sol. matrim. (24. 3), iſt ſchon im Juſtinianeiſchen Recht weggefallen, v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 202. Das interdictum quod vi aut clam iſt überhaupt keine actio vindictam spirans, ſondern eine gewöhnliche Delictsklage auf Schadenserſatz, l. 15 § 3 D. quod vi aut clam (43. 24), vgl. Schmidt (Ilmenau), Interdictenverfahren der Römer S. 139, gegen v. Savigny, Syſtem Bd. 2 S. 127. Gegen Schmidt (Schwerin) in der Zeitſchr. für Civilr. u. Proceß N. F. Bd. 1 Nr. VI., der das Interdict für unpraktiſch erklärt, ſiehe Rudorff zu Puchta's Pand. § 386 Note 9 und Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 25. 68.

öffentliche Verfolgung von Delicten zusteht, der Anspruch auf Privatstrafe ausgeschlossen ist[22]). Mit demselben sind auch, da es außer dem damnum iniuria datum[23]) kein römisches Privatdelict geben wird, welches gegenwärtig nicht durch Gericht oder Polizei verfolgbar wäre[24]), die sonstigen s. g. actiones mere poenales ganz, und die actiones mixtae, soweit sie auf Strafe gehen, aus dem heutigen Recht verschwunden. Die einzige Ausnahme, welche an und für sich noch die actio legis Aquiliae machen würde, hat die Praxis gleichfalls beseitigt[25]). Nur soweit die actiones mixtae Schadensersatz bezwecken, sind sie ebenso wie diejenigen römischen Delictsklagen, welche überhaupt blos diesen zum Gegen-

22) Heffter a. a. O. § 32. Seuffert a. a. O. Bd. 1 Nr. 220, Bd. 2 Nr. 48, Bd. 3 Nr. 171. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz tritt ein bei der Injurienklage, wo die Privatstrafe mit der öffentlichen electiv, und bei der Klage auf die Ehescheidungsstrafen und auf Schmerzensgeld, wo sie mit derselben cumulativ concurrirt, Heffter a. a. O. § 306 u. 307, § 445, § 283. Wegen dieser Cumulation hat man namentlich dem Schmerzensgeld überhaupt den Charakter der Privatstrafe absprechen und ihm die Natur der Schadloshaltung beilegen wollen, Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 220 und Archiv für prakt. Rechtswissensch. Bd. 2 S. 154. Dies ist unzulässig: von einer Schadloshaltung kann juristisch nur einer Vermögensbeschädigung gegenüber die Rede sein, Seitz, Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage S. 164 ff. und S. 181 ff. Aus diesem Grunde läßt sich auch die Defloration sklage nicht als eine Entschädigungsklage auffassen, wie es bisweilen in der Praxis geschieht, um darauf ihre active und passive Vererblichkeit zu stützen, vgl. Seuffert a. a. O. Bd. 9 Nr. 36, Bd. 10 Nr. 52.

23) Heffter a. a. O. § 521.

24) Vgl. Brinz, Lehrb. der Pand. § 118.

25) Nach der heutigen Praxis geht die actio legis Aquiliae nur auf das volle Interesse des Beschädigten, und wird dabei die Sache, abweichend vom römischen Recht [l. 2 pr. l. 27 § 5 D. ad leg. Aquil. (9. 2)], nach ihrem Werth zur Zeit der Beschädigung äßimirt. Vgl. Kierulff a. a. O. S. 225. Arndts, Lehrb. der Pand. §. 324.

ſtand haben, bei uns in Geltung geblieben, weil im Strafverfahren der Anſpruch auf Schadenserſatz nur im Wege der Adhäſion Berückſichtigung findet, deren Verſäumniß aber dem Damnificaten das Civilverfahren nicht abſchneiden ſoll[26]). Auch die nach römiſchem Recht vererblichen Pönalklagen können demnach heute nur noch in dem erwähnten beſchränkten Umfange Beſtandtheile der Erbſchaft ſein.

Die Schulden, welche an der Perſon des Schuldners haften, weil ſie eines öffentlichen oder ſittlichen Zweckes wegen entſtehen, ſind alle Strafſchulden ohne Ausnahme[27]): ſie gehen mit dem Tode des Debitors unter, da mit dieſem der Zweck der Strafe unmöglich wird[28]). Eine Strafſchuld iſt jede wahre Delictsſchuld, d. h. jede Schuld, deren juriſtiſcher Grund lediglich eine unerlaubte Handlung iſt, gleichviel worin das den Delinquenten treffende Uebel beſteht. Denn das Delict als ſolches hat keine andere juriſtiſche Wirkung, als die Ausgleichung des Unrechts durch Strafe[29]). Es gehören daher in die Kategorie der Strafſchulden nicht blos diejenigen Delictsſchulden, welche über den Betrag des vom Delinquenten zugefügten Schadens hinausgehen (actiones mere poenales und mixtae)[30]), oder welche eine Vermögens-

26) Heffter a. a. O. § 709.

27) l. 22 D. de O. N. N. (39. 1). ... in poenam heres non succedit.

28) l. 20 D. de poenis (48. 19). Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat; cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

29) l. 131 pr. D. de V. S. (50. 16). .. Poena est noxae vindicta.

30) l. 1. pr. D. de privat. delict. (47. 1). Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri. — Idcirco nec furti conveniri possunt. l. 23 § 8 D. ad leg. Aquil. (9. 2.) ... in heredem vel ceteros haec actio (legis Aquiliae) non dabitur, quum sit poenalis.

beschädigung durch ihn überhaupt nicht voraussetzen (actiones populares und vindictam spirantes)[31]), sondern eben so sehr auch diejenigen, welche sich auf die Verbindlichkeit zum Ersatz des Interesses beschränken (s. g. actiones rei persecutoriae ex delicto)[32]). Dagegen ist die Verpflichtung zu einer Conventionalstrafe, als die rechtliche Folge eines Vertrages, im juristischen Sinne keine Strafschuld, weil sie keine Delictsschuld ist[33]). Sie wird daher auch beim Tode des Verpflichteten eine Erbschaftsschuld[34]). Dasselbe gilt von jeder contractlichen oder quasicontractlichen Verbindlichkeit, welche, weil der Schuldner für dolus oder culpa haftet, durch ein Delict desselben zugleich afficirt wird; hier haften die Erben desselben wegen der Beschädigung zwar nicht der Delictsklage, wohl aber der Contractsklage, wie wenn z. B. ein Miteigenthümer sich an der res communis des Aquilischen Delicts schuldig gemacht hat[35]). Dasselbe gilt ferner von Contractsschulden, mit welchen sich später noch Delictsschulden verbinden; hier

31) l. 8 D. de pop. action. (47. 23.) Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur. l. 13 pr. D. de iniur. (47. 10) Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur. — Bei der querela inofficiosi testamenti kann natürlich von Strafe für den Beklagten nicht die Rede sein, sondern nur von vindicta dem Testator gegenüber; sie steht daher auch gegen die Erben des ursprünglichen Beklagten zu, c. 10 C. de inoff. test. (3. 28). Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 S. 127 ff., Bd. 5 S. 60.

32) l. 22 D. de O. N. N. (39. 1.)... nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur; porro autem in poenam heres non succedit.

33) Vgl. Kierulff a. a. O. S. 220 ff. v. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 59.

34) l. 77 D. de V. O. (45. 1). Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.

35) l. 10 pr. D. comm. divid. (10. 3). Item quamvis legis Aquiliae

fällt für die Erben des Schuldners nur die Verpflichtung aus dieſen, nicht aber aus jenen fort. So z. B. beim depositum miserabile[36]; die actio depositi aus demſelben umfaßt einerſeits eine in dem Vertrage begründete Reſtitutionsforderung und obligirt inſoweit auch die Erben des Depoſitars, andererſeits begreift ſie eine durch das Delict der Treuloſigkeit erzeugte Forderung auf das simplum als Strafe, die nur den Depoſitar ſelbſt, nicht ſeine Erben treffen kann. Endlich gilt daſſelbe von allen Verbindlichkeiten, die zwar mit einem Delict zugleich, aber nicht aus demſelben entſtehen, ſondern deren ſelbſtändiger obligatoriſcher Grund ein Haben oder ein Gewinn ohne rechtliche causa iſt, und die deshalb mit einer reipersecutoriſchen condictio oder, wo es an den Vorausſetzungen dieſer fehlt, mit einer actio in factum auf die Bereicherung (in id, quod ad eum pervenit) geltend gemacht werden[37].

---

actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio competit.

36) l. 1 § 1 D. dep. v. contr. (16. 3). Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo. Daſſelbe Verhältniß tritt ein bei der actio tutelae und bei der actio de rationibus distrahendis, l. 1 § 20. 23, l. 2 § 2 D. de tut. et rat. distr. (27. 3).

37) Die condictio fordert zu ihrer Begründung, daß das, wodurch der Beklagte bereichert iſt, zum Vermögen des Klägers gehört hat, l. 55 D. de cond. indeb. (12. 6), und ſteht gegen die Erben des Beklagten in demſelben Umfange wie gegen ihn ſelbſt zu, l. 7 § 2 D. de cond. furt. (13. 1). Wo in Folge eines furtum, damnum iniuria datum, vis oder rapina ꝛc. eine ſolche condictio quasi ex contractu angeſtellt werden kann, bedarf es keiner actio in factum, l. 2 § 26. 27 D. vi bonor. rapt. (47. 8), l. 10 § 1 D. de cond. furt. (13. 1). Deshalb ſagt Ulpian z. B. von der rapina, welche neben der actio mixta auf das quadruplum auch die condictio furtiva erzeugt: Et ego puto, ideo praetorem

Derartige Verbindlichkeiten ſind einer Contractsſchuld vergleichbar, bei welcher die verabredete Leiſtung durch dolus

---

non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem, l. 2 § 27 D. vi bon. rapt. (47. 8). Die actio in factum greift nur Platz, wenn der Gegenſtand der durch das Delict erfolgten Bereicherung nicht zum Vermögen des Klägers gehört hatte, und ſteht hier, nachdem die Delictsklage auf vollen Erſatz entweder in Folge kürzerer Verjährung oder durch den Tod des Delinquenten untergegangen iſt, dem Verletzten allein noch zu, l. 5 pr. D. de calumn. (3. 6). Gegen die Erben geht die actio in factum nur auf das, was von dem unrechtlichen Erwerbe ihres Erblaſſers an ſie gekommen iſt; eine ſpätere Conſumtion deſſelben befreit ſie aber natürlich nicht, l. 38, l. 44, l. 127 D. de R. J. (50. 17), l. 17, l. 18 D. quod met. caus. (4. 2). So verhält es ſich z. B. beim dolus, Betrug: die actio doli verfolgt die fraus mit der Strafe des vollen Intereſſes und macht deshalb die reiperſecutoriſche actio in factum auf die rechtswidrige Bereicherung einſtweilen überflüſſig, mit dem Tode des Delinquenten geht aber ſpäteſtens [c. 8. C. de dolo (2. 21)] die Delictsſchuld unter, und nur die mit der actio in factum verfolgbare reiperſecutoriſche Verbindlichkeit bleibt in der Erbſchaft zurück: l. 17 § 2, l. 26 D. de dol. mal. (4. 3). In heredem eatenus daturum se eam actionem Proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit, l. 27 D. eod. dolove malo eius factum est, quominus pervenerit. l. 28 D. eod. Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. At si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio. l. 29 D. eod. Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri. Ebenſo verhält es ſich z. B. auch bei vi oder precario erfolgter Beſitzentziehung und bei der operis novi nunciatio. Das interdictum de vi und de precario verfolgt die unerlaubte Handlung mit der Strafe des vollen Schadenserſatzes, l. 6 D. de vi (43. 16), l. 8 § 4—6 D. de prec. (43. 26), das interdictum de opere restituendo mit der Strafe der Herſtellung des früheren Zuſtandes auf Koſten des Prohibitus, l. 20 pr. D. de O. N. N. (39. 1); dieſe Delictsſchulden gehen mit dem Tode des Schuldners

oder culpa des Schuldners unmöglich geworden iſt: ſo wenig hier der Grund der Haftung in dem dolus oder der culpa liegt, ſo wenig liegt er dort in dem Delict, und die Schuld erhält daher weder hier noch dort die Natur einer Strafſchuld[38]).

---

unter, dagegen wird die daneben durch eine etwaige Bereicherung begründete reipersecutoriſche Verbindlichkeit eine Erbſchaftsſchuld: l. 1 § 48 D. de vi (43. 16). Ex causa huius interdicti in heredem .. in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit. l. 3 § 1 D. eod. Haec actio ... perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur. — l. 8 § 8 D. de precar. (43. 26). ... ex dolo autem defuncti hactenus (heres tenetur), quatenus ad eum pervenit. — l. 22 D. de O. N. N. (39. 1). Cui opus nunciatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit; debet heres eius patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur; porro autem in poenam heres non succedit. l. 20 § 8 D. eod. Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est, Labeonem existimasse, in id, quod ad eum pervenit, duntaxat dari oportere, vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quominus perveniret. Nonnulli putant, in factum esse dandam, quam interdictum; quod verum est. Ueber die gleichfalls hierher gehörige actio rerum amotarum, c. 3 C. rer. am. (5. 21), vgl. Kierulff a. a. O. S. 226. Wenn dieſe Delictsklagen auf Schadenserſatz trotz ihres pönalen Charakters in den Quellen bisweilen als ſolche bezeichnet werden, quae rei persecutionem continent, l. 21 § 5 D. de act. rer. am. (25. 2), l. 4 § 6 D. de alien. iud. (4. 7), ſo geſchieht dies nur aus dem Geſichtspunkt ihrer Wirkung auf das Vermögen des Klägers, das ſie nicht zu bereichern, ſondern nur zu erhalten bezwecken. Ueber den römiſchen Sprachgebrauch in dieſer Beziehung vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 42 ff.

38) l. 157 § 2 D. de R. J. (50. 17). In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur .. Vgl. l. 152 § 3 D. eod. l. 7 § 1 D. depos. v. contr. (16. 3). Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum ... heres tenetur ... Hiernach iſt der Grund der Haftung der Inhalt des Vertrages,

Für das römische Recht ergiebt sich hiernach folgendes Resultat: überall, wo zugleich eine Delicts- oder Strafschuld und eine reipersecutorische Verbindlichkeit auf das volle Interesse oder auf die Bereicherung begründet ist, wird diese mit dem Tode des Verpflichteten eine Erbschaftsschuld, jene aber geht, wenn es nicht zur Litisconteſtation gekommen ist, unter, worin auch die Strafe bestehen mag[39]).

So consequent es nun auch einerseits ist, wenn das römische Recht in jeder Delictsschuld eine Strafschuld sieht, und so sehr auch die Unvererblichkeit der Natur der Strafe entspricht, so hart ist es doch andererseits, wenn, soweit die Strafe dem Gläubiger keine Bereicherung, sondern nur Entschädigung gewähren soll, selbst diese nach dem Tode des Schuldners von seinen Erben nur dann und nur in dem Maße erlangt werden kann, als darauf noch eine reipersecu-

---

nach welchem der Debitor den Werth der individuell bestimmten Leistung schuldet und daher diesen unmittelbar dem Gläubiger gewähren muß, wenn er ihn in der verabredeten Erfüllungsart wegen dolus oder zu prästirender culpa nicht gewähren kann, vgl. meine Erbschaft S. 14 ff. Durch die Succession in die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten des Erblassers wird daher der Erbe auch auf die Leistung des vollen Interesses obligirt. Die Verpflichtung hierauf ist eine Folge des Versprechens, dagegen die Infamie, welche die dolose Nichterfüllung bei manchen Contractsverhältnissen (s. g. contractus famosi) bewirkt, ist eine Folge des Treubruchs, also eine Delictswirkung, welche die Erben nicht trifft, l. 29 D. de dolo malo (9. 3). Ueber den § 1 J. de perp. et temp. act. (4. 12) vgl. Kierulff a. a. O. S. 219 in der Note und Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 S. 27.

39) § 1 J. de perp. et temp. act. (4. 12) ... poenales autem actiones ..., si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes dantur. Vgl. l. 87 D. de R. J. (50. 17). l. 26. l. 58 D. de O et A. (44. 7). c. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conv. (4. 17). Post litis contestationem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto, successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.

toriſche Obligation beſteht[40]), zumal die Verbindlichkeit zur Entſchädigung an ſich mit den Verbindlichkeiten aus Verträgen völlig gleiche Natur hat[41]). Es kann daher nur gerechtfertigt erſcheinen, daß das canoniſche Recht, welches die öffentliche Verfolgung aller Delicte wollte[42]), die römiſchen Delictsverbindlichkeiten, ſoweit ſie den Schadenserſatz als Strafe enthalten, ihres pönalen Charakters entkleidet, alſo in reipersecutoriſche und damit in vererbliche Schulden umgewandelt hat. Daſſelbe verordnete, daß die Erben denjenigen, welchen der Erblaſſer per incendium vel alio modo damna contra iustitiam irrogaverat, iuxta facultates suas condigne satisfaciant[43]). Durch dieſe Vorſchrift wurden in der That die Delictsſchulden und die Delictsforderungen auf Schadenserſatz hinſichtlich der Vererblichkeit einander gleich geſtellt: wie dieſe ſollten auch jene in ihrem ganzen Umfange auf die Erben übergehen. Allein in Folge einer irrigen Uſualinterpretation iſt es bei dieſer Gleichſtellung nicht geblieben; man bezog den nichtsſagenden Zuſatz iuxta facultates suas auf die Erbſchaft, verſtand ihn alſo als gleichbedeutend mit iuxta facultates hereditatis, und dies Verſtändniß wurde zur gemeinen

---

40) Vgl. Note 37. — l. 23 § 8 D. ad leg. Aquiliam (9. 2). Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat; sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, quum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit. Bei einer Beſchädigung z. B. durch Brandſtiftung fehlte es daher an jeder Klage gegen den Erben, wenn der Thäter vor der Litiscontestation ſtarb.

41) Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 50.

42) Vgl. die Gloſſe zu C. 6 qu. 1 c. 17 s. v. fures.

43) c. 5 X. de rapt. incend. (5. 17). Vgl. C. 16 qu. 6 c. 3, c. 9 X. de usuris (5. 19), c. 14 X. de sepult. (3. 28), c. 28 X. de sent. excommun. (5. 39). Ueber die Unerheblichkeit der Gründe, aus welchen manche heutige Juriſten die Anwendbarkeit der Vorſchrift des canoniſchen Rechts beſtritten haben, vgl. Francke a. a. O. S. 45 und v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 53.

Gewohnheit. Nach derselben reicht daher der Betrag jener Schulden nicht weiter als der Betrag der erbschaftlichen Activa, so daß der Erbe für dieselben auch ohne das beneficium inventarii mit seinem eigenen Vermögen nicht haftet. Diese Einschränkung, welche, nachdem die in Rede stehenden Obligationen ihre Delictsnatur verloren haben, nothwendig auch bei den blos mittelbar durch ein Delict begründeten quasicontractlichen Verbindlichkeiten eintreten muß [44]), erscheint insofern nicht ungerechtfertigt, als sich Verpflichtungen des Erblassers aus meistens im Verborgenen begangenen Delicten der Kenntniß des deliberirenden Erben ohne sein Verschulden entziehen können [45]).

Für das heutige gemeine Recht stellt sich hiernach folgendes Gesammtergebniß heraus: die wenigen noch praktischen actiones vindictam spirantes gehen mit dem Tode des Berechtigten wie des Verpflichteten unter, die übrigen, soweit sie Schadensersatz bezwecken, in Geltung gebliebenen Delictsklagen werden beim Tode des Berechtigten, ohne eine Minderung zu erfahren, Bestandtheile seiner Erbschaft, beim Tode des Verpflichteten dagegen sinken die Schulden, welche sie verfolgen, sowohl ihnen wie den etwa concurrirenden quasicontractlichen Klagen gegenüber auf den Bestand der Erbschaft herab. Die vor dem Tode erfolgte Insinuation der Klage bewirkt aber die active und passive Vererbung der actiones vindictam spirantes und den Erbgang der reiperfecutorischen Delictsschulden in ihrem vollen Umfang.

Zu den Delictsklagen auf Schadensersatz gehören auch die possessorischen Interdicte, die interdicta retinendae und

---

44) Daher geht z. B. die condictio furtiva heute gegen den Erben des Diebes auch nur soweit die Erbschaft reicht, vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 § 37.

45) v. Savigny, System Bd. 5 S. 52 Note o.

recuperandae possessionis [46]). Forderungen, welche mit dieſen Klagen verfolgt werden, bleiben daher in der Erbſchaft des Berechtigten zurück, obwohl der Beſitz, durch deſſen Verletzung ſie entſtanden ſind, mit ſeinem Tode untergeht [47]). Ebenſo

---

46) l. 1 pr. D. uti possid. (43. 17). ... quanti res erit, intra annum ... agere permittam. l. 3 § 11 D. eod. ... quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. l. 3 § 2—10 D. eod. l. 1 § 31 D. de vi (43. 16). Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod deiectus est, recuperare debet. l. 8 § 4—6 D. de precario (43 26). Nach der Anſicht mancher heutiger Juriſten (vgl. z. B. Puchta, Vorleſ. § 133 und v. Wangerow, Lehrb. der Pand. § 336) ſollen die interdicta retinendae possessionis nicht mit v. Savigny, Recht des Beſitzes § 37—39, als Delictsklagen aufgefaßt werden dürfen, weil ſie angeblich zu ihrer Begründung keine Gewalt vorausſetzen und ihrem Weſen nach nur die Regulirung eines zweifelhaften Beſitzſtandes zur Vorbereitung der Vindication bezwecken. Dieſe Anſicht iſt widerlegt von Bruns, Recht des Beſitzes § 6, der die untergeordnete Beziehung der interdicta retinendae possessionis auf die Vindication, und Schutz des Beſitzers gegen Gewalt als ihren weſentlichen Zweck nachgewieſen hat, ein Zweck, der im Juſtinianeiſchen Recht dadurch erreicht wird, daß jede Beſitzſtörung eine durch ſie zu verfolgende Forderung auf das Intereſſe des ungeſtörten Beſitzes erzeugt. Dieſe Störung d. i. das Delict der Gewalt, welches durch jede eigenmächtige Handlung wider den Willen eines Andern entſteht, l. 20 pr. D. quod vi (43. 24), iſt der juriſtiſche Grund jener Interdicte, nicht der Beſitz, der um ſeiner ſelbſt willen überhaupt nicht geſchützt wird, weil er kein Recht, ſondern nur eine Thatſache iſt, Kierulff a. a. O. S. 351 ff. Rudorff in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtsw. Bd. 7 S. 107, Bd. 11 S. 336 ff. Aus l. 35 pr. D. de O. et A. (44. 7) ergiebt ſich denn auch, daß bei den interd. retin. poss. wie bei den interd. recuper. poss. (Note 37) die Erben des Beklagten nur noch mit einer actio in factum auf die Bereicherung obligirt ſind, daß alſo bei jenen wie bei dieſen die für Delicts ſchulden geltende Regel Platz greift.

47) l. 1 § 44 D. de vi (43. 16). Hoc interdictum et heredibus et ceteris successoribus competit. Die Vererblichkeit des interdictum de precario und der interdicta retinendae possessionis wird in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt; bei jenem wird ſie indeſſen nicht bezweifelt (vgl. z. B. Wangerow, Lehrb. der Pand. Bd. 3. S. 636),

verhält es sich mit den concreten Ansprüchen, welche der

---

und bei diesen muß sie, als actiones poenales auf Schadensersatz, gleichfalls angenommen werden, gleichviel ob für den Erblasser die Besitzstörung erfolgte, weil der Störende selbst den Besitz zu haben behauptete, so daß die sofort angestellte Klage auch zugleich zur Entscheidung des zweifelhaften Besitzstandes gedient hätte, oder ob er bei ganz entschiedenem Besitzstande wegen Störungen in demselben das Interdict erwarb, l. 3 § 2—4, l. 4 D. uti possid. (43. 17), l. 8 § 5 D. si serv. vind. (8. 5). Denn das Motiv der Besitzstörung ist für die Verfolgung derselben offenbar ebenso irrelevant, wie der Umstand, daß mit dem Tode des Gestörten sein Besitz untergeht und künftige Störungen deshalb erst nach der Apprehension des Erben wieder eintreten können, da die interd. retin. poss. nur die vergangenen Störungen zum Gegenstande haben. Nur dadurch, daß wegen dieser mit ihnen geklagt werden kann, dienen sie ad retinendam possessionem. Wenn man auf Grund der l. 1 § 4 D. uti possid. (43. 17) und § 4 J. de interd. (4. 15) annimmt, der Kläger müsse zur Zeit der Klage Besitzer sein, so übersieht man, daß hier von der vorjustinianeischen Gestalt des interdictum uti possidetis die Rede ist, also von dem prätorischen Verbot (Interdict im e. S.) einer Gewaltthätigkeit gegen den, welcher zur Zeit, wo es ertheilt wird, Besitzer ist. Die Gewalt gegen den Besitzer vor diesem Verbot begründete noch keine Klage, sondern nur das Recht, vom Prätor den Befehl ne vis fiat possidenti zu erlangen; erst wenn dieser nicht respectirt wurde, entstand aus diesem Ungehorsam das Recht auf die Sponsionen und die Klage daraus, weshalb es bei ihnen auf den Besitz eo tempore, quo interdictum redditur, ankam, Gaius IV. 150. Die Annahme, daß die Geltendmachung des durch die Sponsionen vermittelten Klagerechts nach seinem Erwerb von der Fortdauer des Besitzes abhängig, und daß es unvererblich war, würde durch Nichts gerechtfertigt sein, da die fructus licitatio kein nothwendiger Bestandtheil des Processes war, die Sponsionen aber nur dahin gingen, nisi adversus edictum praetoris possidenti vis facta esset (vgl. Gaius IV. 166), und daher der iudex nur zu untersuchen hatte, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, Gaius IV. 141. Im Justinianeischen Recht änderte sich nun aber die Sache nur insofern, als jetzt das Verbot ne vis fiat possidenti ein allgemein gesetzliches ist, deshalb stets schon die erste Besitzstörung eine Klage erzeugt, und diese Klage, statt auf Conventionalstrafe, auf das Interesse der Besitzstörung geht. Im Uebrigen ist dieselbe ganz an die Stelle der ehemaligen Pönalstipulationsklagen getreten und hat namentlich nur die vergangene Störung zum Gegenstande, § 8 J.

Erblasser bereits auf Grund einer persönlichen Servitut[48]) oder eines persönlichen Privilegiums[49], oder auf Grund eines mit seiner Individualität verknüpften Vertragsverhältnisses[50]) erworben hatte: der Tod vernichtet nur diese Rechtsverhältnisse selbst als fernere Quelle zur Begründung von Rechten, nicht die aus ihnen schon hervorgegangenen einzelnen Vermögensrechte. Diese haben als solche eine von ihrer Quelle unabhängige Dauer. Selbst das Erbrecht kann Spuren seiner Existenz in dem Nachlaß des Delaten zurücklassen. Zwar kann es nicht in seinem Gegenstand, der Erbschaft, verletzt werden, weil es nicht schon auf diese selbst, sondern blos auf ihren Erwerb ein Recht giebt, allein, wenn auch aus diesem Grunde seine Ausübung lediglich in einer Willenserklärung besteht, so können doch einerseits unerlaubte Einflüsse auf die Willensbestimmung des Delaten,

---

de interd. (4. 15), vgl. Bruns a. a. O. § 6. Sie muß daher auch, wie diese, noch vom Erben angestellt werden können und zu ihrer Begründung nur den Besitz des defunctus zur Zeit der Gewaltthätigkeit fordern. — In den Lehrbüchern wird die Frage über die active und passive Vererblichkeit der interdicta retinendae possessionis gewöhnlich mit Stillschweigen übergangen; nur Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 § 46 Note 16 gedenkt derselben, um sie irrthümlich in Abrede zu stellen.

48) l. 5 § 4 D. si usufr. pet. (7. 6). ... si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum duntaxat fructuum dandam, Pomponius ... scribit.

49) Wenn z. B. ein Gläubiger nach eröffnetem Concurse stirbt, so geht auch das persönliche privilegium exigendi desselben als ein ius quaesitum auf seine Erben über. Und ebenso werden natürlich auch bei privilegia personalia aus constitutiones personales die iura quaesita Bestandtheile der Erbschaft des Privilegirten.

50) l. 65 § 9 D. pro socio (17. 2). ... quod ex antegesto pendet, tam ab herede, quam heredi praestandum est. l. 58 pr. mand. v. contr. (17. 1). ... mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur.

welche ihn zur Repudiation oder zum Antritt veranlaßten, andererseits Hinderniſſe, welche der Ausübung ſeines Erbrechts entgegenſtanden, Anſprüche erzeugen, welche Beſtandtheile ſeines Nachlaſſes werden[51]).

Daß die dieſen verſchiedenen Berechtigungen gegenüber ſtehenden Verbindlichkeiten, und zwar nach ihrem verſchiedenen Entſtehungsgrund in verſchiedenem Umfang, auch zur Erbſchaft des Verpflichteten zählen, ergiebt ſich aus dem Bisherigen von ſelbſt[52]). Nur rückſichtlich deſſen, der wegen Verletzung einer perſönlichen Servitut der actio confessoria haftet, bedarf es noch der Bemerkung, daß jede dingliche Klage einen ſelbſtſtändigen Anſpruch enthält[53]), welcher, wie er um deswillen nicht wegfällt, weil das dingliche Recht,

---

51) l. 21 § 5 D. quod met. caus. (4. 2). Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. § 6. Si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. l. 40 D. de dolo malo (4. 3). Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur. Vgl. Note 9 und 17. Siehe auch noch l. 16 § 2 D. quod. met. caus. (4. 2). l. 13 pr. D. de dol. mal. (4. 3). l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Paulus, R. S. I. 7. 1.

52) Vgl. Note 37 und 47. — l. 6 § 6 D. de his qui not. infam. (3. 2). . . heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti. Zum aes alienum eines verſtorbenen Vormundes gehört auch die Vollendung begonnener Geſchäfte; volljährige männliche Erben des Vormundes ſind verpflichtet, ſie fortzuführen, l. 1 pr. D. de fideiussor. et nominat. (47. 7), l. 27 D. de appellat. (49. 1).

53) l. 51 D. de O. et A. (44. 7). Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi. pr. J. de act. (4. 6). l. 178 § 3 D. de V. S. (50. 16). Hoc verbum debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. Daher zählt Ulpian in l. 49 D. eod. neben den dinglichen Rechten die actiones

aus dem er hervorgegangen iſt, beim Klagberechtigten erliſcht [54]), auch mit dem Tode des Beklagten nur dann und nur ſoweit untergeht, als mit ihm zu ſeiner Begründung erforderliche Vorausſetzungen aufhören. Eine ſolche Vorausſetzung iſt wie bei manchen perſönlichen [55]) auch bei manchen dinglichen Klagen der Beſitz des Beklagten. Dieſe müſſen daher mit ſeinem Tode untergehen und können gegen den Erben nur durch deſſen eigenen Beſitzerwerb von Neuem erworben werden, es müßte denn der Beklagte erſt nach der Inſinuation der Klage geſtorben ſein; in dieſem Fall haften ex commisso defuncti auch die nichtbeſitzenden Erben [56]).

---

in rem (petitiones) als beſondere Vermögensrechte auf: In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Vgl. Böcking, Inſtitutionen § 131 Note 4, v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 5 und 17, Windſcheid, Die Actio des röm. Civilr. S. 5, Bekker in ſeinen und Muther's Jahrb. Bd. 4 S. 178 ff.

54) Wie die actio confessoria (Note 48), ſo iſt auch die actio negatoria ein von der Fortdauer des dinglichen Rechts unabhängiger Vermögensbeſtandtheil. Mag das Recht, aus dem dieſe Klagen entſtanden ſind, erloſchen oder an einen andern Berechtigten gelangt ſein, ſie ſelbſt bleiben im Vermögen desjenigen, der ſie einmal erworben hat, können jetzt aber ſelbſtverſtändlich nicht mehr Anerkennung des Rechts und Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes, ſondern nur Entſchädigung für die erlittenen Störungen bezwecken wollen. Selbſt die rei vindicatio kann nach dem Untergang des Eigenthums im Vermögen des verletzten Eigenthümers zurückbleiben, wenn nämlich ein malae fidei possessor das Eigenthumsobject vernichtet hat, l. 25 § 8 D. de H. P. (5. 3), l. 36 § 3 D. eod., l. 27 § 3 D. de R. V. (6. 1). Hiernach müſſen analog alle dinglichen Klagen wider den fictus possessor auch nach dem Untergang des dinglichen Rechts, und zwar als vererbliche Vermögensrechte fortdauern, Bekker a. a. O. S. 200 ff.

55) Vgl. z. B. l. 3 § 15 D. ad exhib. (10. 4).

56) l. 42 D. de R. V. (6. 1). Si in rem actum sit, quamvis

Solche actiones in rem sind die rei vindicatio und die ihr analogen Klagen aus der bonae fidei possessio, Emphiteusis, Superficies und aus dem Pfandrecht. Dagegen die actio confessoria und ebenso die actio negatoria setzen nicht nothwendig einen Besitzer als Beklagten voraus; soweit sie dies nicht thun[57]), macht daher auch die Verbindlichkeit[58]) des Beklagten nach seinem Tode eine Erbschaftsschuld aus[59]).

Die meisten vermögensrechtlichen Verhältnisse erweisen sich hiernach als solche, welche ihr Subject überdauern, weil ihre Verbindung mit demselben nicht als etwas Wesentliches erscheinen kann. Durch diese ihre Fortdauer nach dem Tode ihres Inhabers wird einer doppelten Anforderung genügt: einerseits der Sicherheit des Verkehrs, von der nicht mehr die Rede sein könnte, wenn die Existenz der Schulden und ihre Tilgung durch die Activa von der ungewissen Lebensdauer des Schuldners abhängen sollte, andererseits der Bestimmung, welche nach der Natur der Familie das Vermögen

---

heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. Natürlich haftet der Erbe auch für eigene culpa, l. 51 D. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. l. 55. D. eod. Ist der Besitzer vor der Insinuation der Klage gestorben, gleichviel ob als bonae oder malae fidei, ob als verus oder fictus possessor, so haftet der nicht besitzende Erbe nur mit einer actio in factum auf die Bereicherung, l. 36 l. 52 D. de R. V. (6. 1), l. 25 § 11. l. 31 pr. D. de H. P. (5. 3). Mehrere successive ficti possessores haften sämmtlich der rei vindicatio, l. 25 § 8 D. de H. P. (5. 3), daher auch die Erben jedes Besitzers der actio in factum.

57) l. 4 § 5 l. 10 § 1 D. si serv. vind. (8. 5). Siehe dagegen l. 6 D. si ususfr. pet. (7. 6).

58) l. 4 § 2. l. 6 § 6 D. si serv. vind. (8. 5).

59) v. Savigny, System a. a. O. Bd. 5 S. 203 behauptet ohne Grund das Gegentheil. Siehe dagegen Kierulff a. a. O. S. 218 und jetzt besonders Bekker a. a. O. S. 196 ff.

des einzelnen Menſchen für ſeine Familienglieder erhält, und der zufolge es eben bei ſeinem Tode zur Erbſchaft wird.

Die Römer bezeichnen die Erbſchaft als Ganzes im alten ius civile durch familia und hereditas [60]), im prätoriſchen und ſpäteren Recht abwechſelnd durch bona und hereditas [61]) und, wo ſie als Gegenſtand der Univerſalſucceſſion für den Erben in Betracht kommt, auch durch omne ius mortui oder universum ius defuncti [62]), während ſie die einzelnen Rechte, welche die Erbſchaft begreift, res hereditariae [63]), und die Schulden aes alienum defuncti oder incommoda und onera hereditaria nennen [64]). Von jenen Rechten heißen die Eigenthumsrechte corpora (res corporales), alle übrigen dinglichen wie perſönlichen Rechte iura (res incorporales) [65]). Es kann daher im concreten Fall auch eine Erbſchaft sine ullo corpore exiſtiren [66]).

Den Werth der erbſchaftlichen Rechte können die hinterlaſſenen Schulden überſteigen, da ſie ſelbſtändige Stücke des Vermögens und, mit Ausnahme der Delictsſchulden, nicht

60) Gaius II. 104., Ulpian. fragm. XI. 14., l. 195 D. de V. S. (50. 16), Gaius II. 166.

61) l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1), Gaius III. 14., l. 208 D. de V. S. (50. 16). Vgl. l. 16 pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1).

62) l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 24 D. de V. S. (50. 16), l. 62 D. de R. I. (50. 17).

63) Gaius II. 9.

64) l. 6 § 6 D. de edendo (2. 13), l. 32 pr. D. ad S. C. Vellej. (16. 1), l. 21 § 1 D. de negot. gest. (3. 5). — l. 1 D. de B. P. (37. 1), l. 38, l. 42 pr., l. 98 D. de A. v. O. H. (29. 2).

65) Gaius II. 35, III. 85, l. 2 § 3 D. de hered. v. act. vend. (18. 4) ... antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit. l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5). l. 18 § 2 D. de H. P. (5. 3). Et placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive iura, sive corpora sint. l. 19 pr. D. eod.

66) l. 50 pr. D. de H. P. (5. 3). Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. l. 3 § 1 D. de B. P. (37. 1).

auf den Bestand der Activa beschränkt sind. Diese Insolvenz des Vermögens schließt die Existenz einer Erbschaft nicht aus[67]), und ebensowenig der immerhin denkbare Fall, daß der Erblasser gar keine Rechte, sondern blos Schulden zurücklässt. Nur wer überhaupt juristisch des activen Vermögens unfähig ist, kann keine Erbschaft haben: denn die von ihm etwa contrahirten Schulden gehen mit seinem Tode unter[68]). Jede vermögensfähige Person aber muß eine Erbschaft oder, wenn es an jedem Delaten fehlt, doch ein erbloses Gut insofern mit juristischer Nothwendigkeit hinterlassen, als das ganze Vermögen nicht schon inter vivos zum Gegenstande einer Veräußerung gemacht werden kann. Dies hat seinen Grund in den Schulden. Bei diesen kommt nicht blos das mit ihnen belastete active Vermögen, sondern auch der an die Persönlichkeit des Schuldners geknüpfte Credit in Betracht. Eine Veräußerung des ganzen Vermögens würde zugleich eine Disposition über diesen Credit enthalten. Diese kann dem Schuldner so wenig zustehen, wie die Möglichkeit, sich durch ein einziges Veräußerungsgeschäft in den Zustand absoluter Insolvenz zu versetzen. Die Veräußerung des ganzen Vermögens darf deshalb auch nicht den freien Uebergang aller Activa und das Verbleiben der Passiva beim Schuldner bewirken, sondern nur die Veräußerung seines Werths nach Abzug der Schulden[69]).

---

67) l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1) ... nam sive solvenda sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

68) Vgl. Note 2.

69) l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3) ... non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. Vgl. l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16).

Hieraus ergiebt sich, daß auch neben einer Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens noch die Existenz einer Erbschaft möglich ist. Der Schenker wird hier auf Uebertragung aller einzelnen Rechte, die er schon hat und die er später erwirbt, verpflichtet, und der Beschenkte haftet ihm für die Zahlung der Schulden, soweit die geschenkten Activa reichen[70]). Bei seinem Tode kann daher der Schenker immer noch vererbliche Rechte und Verbindlichkeiten zurücklassen, nämlich seine noch nicht getilgten Schulden, die actio praescriptis verbis gegen den Beschenkten auf Tilgung derselben und seine noch nicht auf den Beschenkten übertragenen Rechte. Diese Vermögensstücke machen seine Erbschaft aus[71]). Allerdings wird der Erbe im günstigsten Falle aus einem solchen Nachlaß nichts erhalten, vielmehr noch Schulden des Erblassers zu bezahlen haben, wenn diese den Betrag der Schenkung übersteigen, allein dies hindert die Existenz einer Erbschaft nicht, da ihr Erwerb nicht nothwendung mit einer Bereicherung verbunden sein muß[72]).

Ein besonderes Verhältniß tritt nach römischem Recht hinsichtlich der dem Erblasser gehörigen Grabstätten ein.

---

70) l. 12 D. de donat. (39. 5), l. 28 D. eod. Vgl. v. Savigny, System Bd. 4 S. 138. 141.

71) Es ist deshalb ein Irrthum, wenn v. Savigny a. a. O. Bd. 4 S. 142 in der Schenkung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens einen Erbvertrag sieht, also ein Geschäft, das nach römischem Recht ungültig sein würde: denn ein Erbvertrag, dessen Gegenstand das ganze Vermögen des einen Contrahenten ist, schließt neben dem Vertragserben die Möglichkeit eines anderweitigen Erben aus. Vgl. Puchta, Vorles. § 71, Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 7 S. 143, Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen u. gemeinschaftl. Testam. S. 7. 15 ff.

72) l. 119 D. de V. S. (50. 16). Hereditatis appellatio sine dubio

Als loci religiosi zählen sie, obwohl die Beerdigung bei den Römern auf eigenem Grund und Boden erfolgte, nicht zum Vermögen[73]: die ihnen einmal thatsächlich gegebene[74] und durch Privatwillkür nicht wiederaufhebbare[75] Bestimmung schließt jedes vermögensrechtliche Verhältniß an ihnen aus[76]. Das bisherige Eigenthum des Bestatters an dem Begräbnißplatz sinkt, wo er nur ein einzelnes Grab begreift, zu einem Recht auf unverletzte Erhaltung desselben herab, und wo ihm ein für die weitere Aufnahme von Todten geeigneter Umfang gegeben ist, bleibt davon außerdem auch nur das Recht, Andere dort zu bestatten und selbst dort bestattet zu werden, übrig. Diese theils durch Klagen, theils durch Interdicte geschützten[77] iura sepulcrorum sind veräußerliche[78] und auch vererbliche Rechte; sie gehen aber nicht auf die Erben über, weil sie Bestandtheile des Nachlasses sind, sondern weil die Erben zur Familie ihres Inhabers gehören[79]. Denn einerseits gelangen sie, wo es sich um

---

continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est, sicuti bonorum possessio.

73) l. 1 pr. D. de div. rer. (1. 8). ... Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae ... Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est. Gaius II. 3. 4. 6. 9.

74) l. 2 § 5, l. 6 § 1, l. 42 D. de relig. (11. 7).

75) l. 8 pr. D. eod. c. 14 C. de relig. (3. 44).

76) l. 12 § 1 D. eod., l. 23 § 1, l. 43 D. de R. V. (6. 1), c. 4 C. de relig. (3. 44), l. 14 D. de servit. (8. 1), l. 4 D. comm. praed. (8. 4), l. 22 § 4 D. quod vi aut clam (43. 24), c. 2, c. 9 C. de relig. (3. 44), l. 4 D. de mort. inf. (11. 8).

77) l. 6 D. de sepulcr. viol. (47. 12), l. 1 § 1—10 D. de mort. inf. (8. 11), l. 2 § 2 D. de interd. (43. 1).

78) l. 22—24 D. de contr. emt. (18. 1). l. 10, l. 11 D. de relig. (11. 7).

79) l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si sepulcri violati filius aget, quamvis hereditarii, quia nihil ex bonis patris capit, non videtur bonis immiscere. c. 8 C. de relig. (3. 44).

ein Erbbegräbniß handelt[80]), auch an die Deſcendenten, welche ſich der Erbſchaft enthalten haben[81]), und ſelbſt an die, wenn auch in beſchränkter Weiſe, welche exheredirt ſind[82]), andererſeits bleiben ſie bei den Erben, wenn die Erbſchaft von dieſen als Univerſalfideicommiß[83]), oder wegen Indignität[84]) reſtituirt werden muß. Die Begräbnißrechte ſind demnach Familienrechte, da ſie unabhängig vom Vermögen den Familiengliedern ihres bisherigen Inhabers folgen[85]). Analog dem durch die Familienſtellung gegebenen Erbrecht können aber auch ſie mittelſt letztwilliger Verfügung fremden Perſonen ertheilt[86]) und den lege Berechtigten entzogen werden[87]), mag die Grabſtätte ein Erb- oder ein Familienbegräbniß, d. h. mag ſie nur für die Erben und Deſcendenten, oder mag ſie für die Erben und die Agnaten beſtimmt ſein[88]).

In dieſen Vorſchriften des römiſchen Rechts hat ſich in der Hauptſache auch heute nichts geändert, obwohl die

---

80) l. 5 D. de relig. (11. 7). Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit; hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, l. 6 pr. D. eod. vel quod paterfamilias iure hereditario acquisivit. § 9 I. de rer. div. (2. 1).

81) l. 10 D. de sepulcr. viol. (47. 12).

82) l. 6 pr. D. de relig. (11. 7). Liberis autem ... idem ius concessum est, sive extiterint heredes, sive sese abstineant. Exheredatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet.

83) l. 42 § 1 D. ad. S. C. Treb. (36. 1).

84) l. 33 D. de relig. (11. 7).

85) Vgl. Note 7.

86) c. 14 C. de legat. (6. 37). Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur.

87) l. 11 D. de relig. (11. 7), l. 2 § 3 D. de sep. viol. (47. 12).

88) c. 13 C. de relig. (3. 44), c. 8 C. eod.

Auffassung der Begräbnisse als res divini iuris verschwunden und damit der Grund zu besonderen Rechtsmitteln für ihren Schutz weggefallen ist [89]). Denn wenn gleich die Kirchhöfe im Ganzen im Eigenthum der Gemeinde stehen, und wenn sie deshalb auch Gegenstand von Vermögensrechten sein können, welche der ihnen unter öffentlicher Autorität gegebenen Bestimmung nicht widersprechen [90]), so ist doch das Recht an den einzelnen Grabstätten ein auf die römischen Begräbnißrechte eingeschränktes Gebrauchsrecht, welches, ungeachtet es wie Eigenthum erworben, verloren und geschützt wird [91]), seines familienrechtlichen Charakters nicht entkleidet und dem Vermögen nicht zugerechnet werden darf, wenn es nicht auch, im Widerstreit mit dem sittlichen Gefühl, bei einem etwaigen Concurse der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Masse angehören soll. Dasselbe gilt von Begräbnissen auf eigenem Grund und Boden. Wie diese nur mit öffentlicher Genehmigung entstehen können, so können sie auch nur mit öffentlicher Genehmigung aufhören, ihrem Zwecke ausschließlich zu dienen, und in das Vermögen zurückkehren. Bei der veränderten volksmäßigen Anschauung von der Familie wird man heute aber an Familienbegräbnissen im Zweifel auch den bloßen Cognaten die iura sepulcrorum gewähren, und ferner nach dem Vorgange des canonischen Rechts [92]) bei Erb- und Familienbegräbnissen der Ehefrau

89) Vgl. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht Bd. 1 § 40 Note 20.

90) So können z. B. Wegeservituten an Kirchhöfen bestellt und durch Verjährung erworben werden, Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 140. Glück, Erläuter. d. Pand. Bd. 2 S. 467.

91) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 11 S. 400.

92) c. 3 § 1 de sepult. in VIto (3. 12).

den Anſpruch auf ein gemeinſames Grab mit ihrem verſtorbenen Ehemann einräumen müſſen [93]).

II. Hereditas iacens*).

§. 2.

Wenn der Erblaſſer sui als Erben hinterläßt, ſo geht die Erbſchaft bei ſeinem Tode ſofort auf dieſe über; die

---

93) Dieſelbe Natur wie das ius sepulcrorum hat das Benutzungsrecht an erblich verliehenen Kirchenſtühlen, das man zwar im Allgemeinen nach den Grundſätzen der superficies wird beurtheilen müſſen, dem man aber doch ſeinem Zwecke nach, der auf Bereicherung des Erwerbers in keiner Weiſe gerichtet iſt, die Natur eines Vermögensrechts ebenfalls nicht beilegen kann. Dies ſchließt auch hier die Veräußerlichkeit dieſes Rechtes nicht aus, bewirkt aber auch hier nothwendig die Vererbung deſſelben innerhalb der Familie des Berechtigten unabhängig von der Erbfolge in ſein Vermögen. Vgl. Leyser, Med. ad Pand. spec. XII. 4, Glück a. a. O. Bd. 2 S. 484, Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 240, Bd. 11 Nr. 272.

*) Vgl. v. Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechts Bd. 2 S. 363 ff. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 S. 40 ff. Jhering, Abhandl. aus dem römiſchen Recht S. 147 ff. Pfeifer, Die Lehre von den juriſtiſchen Perſonen nach gem. u. würtemb. Recht S. 151 ff. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römiſchen Rechts Heft 1 Nr. 1. Schirmer, De tribus regulis in hereditate iacente observatis earumque apud veteres usu commentatio. Pagenſtecher, Recenſion der v. Scheurl'ſchen Schrift in d. krit. Zeitſchr. f. d. geſ. Rechtswiſſenſchaft Bd. 1 S. 21 ff. Windſcheid, Die ruhende Erbſchaft und die vermögensrechtliche Perſönlichkeit, in der kritiſchen Ueberſchau Bd. 1 Nr. 8. Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion des römiſchen und heutigen Rechts S. 376 ff. Meine Erbſchaft S. 25—91. Windſcheid, Die Actio des röm. Civilrechts S. 233 ff. Unger, Zur Lehre von den juriſtiſchen Perſonen in der kritiſchen Ueberſchau Bd. 6 S. 157 ff. Vering, Röm. Erbrecht in hiſtor. u. dogmat. Entwicklung S. 65 ff. und deſſen Recenſion meiner Schrift in den Heidelb. Jahrbb. 1857 Nr. 44 u. 45. Vgl. auch Kuntze's Anzeige meiner Schrift in Schletter's Jahrb. d. deutſch. Rechtsw. Bd. 3 S. 259.

Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen sie besteht, erhalten daher in demselben Moment ein neues Subject, in welchem sie ihr bisheriges verlieren [1]). Wird der Erblasser dagegen von einem postumus suus beerbt, der erst mit der Geburt [2]), oder von einem extraneus heres, der erst mit dem Antritt die Erbschaft erwirbt, so hat dieselbe in der Zwischenzeit kein Subject, welches die Erbschaftsrechte ausüben und wegen der Erbschaftsschulden in Anspruch genommen werden kann. Diese Zeit der Unbeweglichkeit und Ruhe des hinterlassenen Vermögens vom Tode des Erblassers bis zur Acquisition des Erben bezeichnet die römische Jurisprudenz durch den Ausdruck hereditas iacet [3]), die heutige durch ruhende oder liegende Erbschaft, hereditas iacens [4]).

---

1) l. 14 D. de suis et legit. hered. (38. 16). In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt. §. 3. I. de hered. quae ab int. def. (3. 1.)

2) Die l. 153 D. de V. S. (50. 16). Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est, und andere ähnliche Stellen [l. 231 D. eod., l. 7, l. 26 D. de statu homin. (1. 5)] stehen mit dem Grundsatz des römischen Rechts: partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum, l. 1 § 1 D. de inspic. ventre (25. 4), l. 9 § 1 D. ad leg. Falc. (35. 2), nach welchem die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit seiner Geburt beginnt, nicht in Widerspruch, sondern sprechen nur die für den postumus getroffene Fürsorge aus, durch welche ihm Rechte, welche er erwerben würde, falls er schon geboren wäre, auf die Zeit seiner Geburt aufbewahrt werden, l. 3 D. si pars hered. pet. (5. 4). Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent. In Uebereinstimmung damit wird auch in l. 64 D. de hered. inst. (28. 5) der Sclave, welcher zu der einem postumus suus vorbehaltenen Erbschaft gehört, als ein servus hereditarius behandelt.

3) l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24). ... utputa hereditas iacebat ... l. 1 pr. D. de succ. edict. (38. 9). ... ne bona hereditaria vacua sine domino iacerent.

4) Bei Verschollenen kann eine eigenthümliche cura vorkommen, durch deren Anordnung die Existenz einer hereditas iacens, zu der

Während dieſer Zeit befinden ſich die bona hereditaria factiſch in derſelben Lage wie die bona absentis; es kann

---

es an ſich in Ermangelung eines heres suus im Moment der Todespräſumtion kommen müßte, ganz ausgeſchloſſen wird. Neben der bei allen Abweſenden von vornherein allein möglichen römiſchen cura absentis kennt das heutige gemeine Recht für ein ſpäteres Stadium der Abweſenheit, welches mit der richterlichen Verſchollenheitserklärung beginnt, eine deutſchrechtliche, durch die Praxis gebildete cura, auf welche die nächſten Erben des Verſchollenen ein feſtes Recht haben, auch die, welche zur Vormundſchaft nicht fähig ſind, alſo namentlich auch die Frauen. Nach den neuſten Unterſuchungen von Bruns, Jahrb. d. gem. deutſch. Rechts Bd. 1 S. 90 (vgl. § 1 Note 1) erhalten die Erben durch die Eröffnung dieſer cura gegen Caution den proviſoriſchen Beſitz des geſammten Vermögens und ein vollſtändiges Vertretungsrecht des Verſchollenen bis zu ſeiner Rückkehr oder bis zum Eintritt der Todespräſumtion. Im Fall der Rückkehr müſſen an ihn mit dem Vermögen auch die Früchte und Zinſen und die inzwiſchen kraft des Vertretungsrechts erworbenen Erbſchaften und Legate reſtituirt werden, Bruns a. a. O. S. 192 ff. Kommt es dagegen zur Todespräſumtion, ſo verwandelt ſich die cura nach erfolgter Todeserklärung mit dem Tage, wo der Verſchollene das 70ſte Lebensjahr vollendet hat, in eine definitive Erbfolge, wenn die Curatoren auch die jetzt berufenen Erben ſind; eine hereditas iacens kommt daher in dieſem Fall überhaupt nicht vor. Dieſe deutſchrechtliche cura, welche ſich nach der alten Praxis beim Tode des nächſten Erben, der ſie erhalten hatte, auf deſſen Erben vererbte, und im Fall der Todespräſumtion des Verſchollenen in eine auf den Moment der proviſoriſchen Beſitzüberlaſſung zurückdatirte Erbfolge (successio ex tunc) umſchlug, Bruns a. a. O. S. 152, hat im Lauf ihrer hiſtoriſchen Entwicklung inſoweit eine Annäherung an die römiſche Vormundſchaft erfahren, daß ſie einerſeits wie dieſe unvererblich geworden iſt und daher beim Tode des nächſten Erben nicht an deſſen, ſondern an die nun nächſten Erben des Verſchollenen gelangt, und daß ſie andererſeits auch beim Eintritt der Todespräſumtion nicht mehr rückwärts den Charakter der cura verliert, ſondern erſt mit dem rechtlich vermutheten Todestage in eine wirkliche Erbfolge übergeht (successio ex nunc), Bruns a. a. O. S. 191. Manche heutigen Juriſten, z. B. Pfeiffer, Prakt. Ausf. Bd. 2 S. 239 und Mittermaier, Grundſ. d. deutſch. Privatr. § 430 haben, wenn auch nicht

deshalb auch für sie aus Rücksicht auf die Beschaffenheit des Vermögens oder im Interesse der Erbschaftsgläubiger ein curator bonorum ernannt werden [5]), der hier wie sonst zum Zweck

---

dem ganzen Verschollenheitsrecht, wie Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 S. 94, doch der deutschrechtlichen cura die gemeinrechtliche Natur ganz abgesprochen. Durch Bruns a. a. O. S. 189 ist nicht blos diese Ansicht widerlegt, sondern auch überhaupt gegenüber den früheren Behandlungen dieses Gegenstandes [vgl. Pfeiffer a. a. O. u. Bd. 4 Nr. 9, Glück a. a. O. Bd. 33 S. 265 ff. und Bd. 42 S. 462 ff., Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 1 § 20, Kraut, Die Vormundsch. nach den Grundsätzen d. deutsch. Rechts Bd. 2 §. 62—67], zuerst das Institut der deutschrechtlichen Curatel von seiner Entstehung bis zu seinem historischen Abschluß im vorigen Jahrhundert verfolgt und das Resultat festgestellt worden, welches sich aus seiner Geschichte für die vielfachen Controversen bei demselben ergiebt. — Die heutige gemeinrechtliche Praxis macht, soweit sie die cura über Verschollene in ihrer deutschrechtlichen Eigenthümlichkeit überhaupt berücksichtigt, die Eröffnung derselben gleichfalls von einer richterlichen Verschollenheitserklärung abhängig, die keine bestimmte Dauer der Abwesenheit, aber voraufgehende Edictalien bezüglich des Verschollenen und der zur Curatel Nächstberechtigten fordert, Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 45. Hinsichtlich des Vertretungsrechts des Curators, insbesondere beim Erwerb von Erbschaften für den Verschollenen, ist sie ebenso schwankend wie die bisherige heutige Theorie. Bald wird diese Vertretung hier mit Kraut a. a. O. S. 253 für zulässig erklärt, Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 298 u. 346, bald mit Heise und Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. 2 S. 170, Schäffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 5 S. 397, Bd. 17 S. 353, und Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 462 für unzulässig, entweder weil man annimmt, die Todespräsumtion entscheide nicht über den Zeitpunkt, wann der Tod erfolgt sei, Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 160, Bd. 7 Nr. 356 und Blätter für Rechtsanwendung Bd. 19 S. 17. 33. 49, Bd. 26 S. 17, oder weil man ganz von der eigenthümlichen deutschrechtlichen cura absieht, Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 185 u. Bd. 5 Nr. 31.

5) l. 3 D. de cur. fur. (27. 10). Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a Praetore curator datur. l. 1 § 4 D. de muner. et honor. (50. 4). l. 8 D. quib. ex caus. in poss. eat. (42. 4) ... et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut

der custodia rerum Veräußerungen vornehmen[6]), Forderungen einklagen[7]) und Schulden des Erblaſſers berichtigen darf[8]), darüber hinaus aber nicht befugt iſt, Rechtsgeſchäfte zu ſchließen, oder Proceſſe zu führen[9]). Juriſtiſch iſt das Verhältniß bei der cura absentis ein anderes als bei der cura für die hereditas iacens, inſofern dieſe für ſubject- und herrenloſe Rechte eintritt und demgemäß nur den Erbſchaftsgläubigern und den etwaigen künftigen Erben zu Gute kommen kann.

Als ſubject- und herrenloſe Rechte werden die iura hereditaria in den Quellen ausdrücklich bezeichnet: denn es

---

curator constituatur. Die nach römiſchem Recht für die Erbſchaftsgläubiger mögliche missio in possessionem rei servandae causa, l. 8 pr., l. 9 § 1 D. eod., c. 5. 6 C. de bon. auct. iud. (7. 72), l. 23 § 2 D. de hered. inst. (28. 5), l. 31 § 3 D. de reb. auct. iud. (42. 5), iſt heute unpraktiſch, Glück a. a. O. Bd. 18 S. 266. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 S. 359.

6) l. 48 D. de adm. et peric. tut. (26. 7) . . . quippe quum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus (scilic. bonorum ventrisque curatori) sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur.

7) l. 14 pr. D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5). Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quaedam actiones perituraе sunt. Daher iſt z. B. auch der Curator der hereditas iacens berechtigt, Erbſchaftsforderungen in dem gegen den Schuldner anhängigen Concurs geltend zu machen, weil theils durch die Präcluſion, theils durch die Vertheilung der Maſſe die Erbſchaft benachtheiligt werden würde, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 114.

8) l. 23 § 2. 3 D. de hered. inst. (28. 5). Sed si sub conditione quis heres institutus sit, et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum imminet, per curatorem aes alienum solvendum.

9) Selbſt ſolche Proceſſe nicht, die ſchon vom Erblaſſer eingeleitet worden ſind, Seuffert a. a. O. Bd. 1 Nr. 114. Vgl. indeſſen H. Martin, Ueber die Proceßführungs-Befugniß des Erbſchaftscurators im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 9 S. 361.

heißt von ihnen, sie seien nullius oder sine domino [10]), Ausdrücke, welche nicht etwa blos auf den Mangel eines physischen Subjects, sondern auf eine absolute, auch die Existenz eines fingirten Subjects ausschließende Herrenlosigkeit hinweisen sollen [11]). Diese Herrenlosigkeit hindert weder die Fortdauer

10) l. 1 pr. D. de rer. div. (1. 3) ... nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Gaius II. 9. l. 3 pr. D. de peculio (15. 1) ... etsi in nullius sit potestate, dari de peculio actionem, utputa si cum servo hereditario contractum sit. l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24) ... cum praedium interim nullius sit ... utputa hereditas iacebat ... Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit. l. 1 pr. D. de succ. edict. (38. 9) ... ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent. l. 6 D expil. heredit. (47. 19) ... rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius, quae sine domino est. l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, quum dominus nullus sit huius servi. Diese Stellen dürfen nicht, wie es von Jhering a. a. O. S. 158 geschieht, so verstanden werden, als ob an den Erbschaftssachen überhaupt kein Eigenthum existire: denn nur durch das an ihnen bestehende Eigenthum gehören sie zum universum ius defuncti, ohne dasselbe würden sie überhaupt nicht Bestandtheile irgend eines Vermögens, nicht res hereditariae sein. Die Erbschaftssachen sind herrenlose, aber nicht rechtlose Sachen. Vgl. Brinz, Lehrb. d. Pand. § 154.

11) Dies ergiebt sich unzweifelhaft aus l. 36 D. de stip. servor. (45. 3). ... qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se reiecit, nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit ... Inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur, nec potest relictus videri, qui universo hereditatis iure continetur; alter, voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere, a quo relictus est. An dem Erbschaftssclaven dauert das vom Erblasser begründete Eigenthum fort, an dem derelinquirten Sclaven dagegen hat jedes Eigenthum aufgehört; darin besteht der große Unterschied zwischen beiden, obwohl ihnen das gemeinsam ist, daß keiner von ihnen einen Dominus hat. Hätte der Verfasser dieser Stelle, Javolenus, dies bestreiten und den Unterschied zwischen beiden gerade darin setzen wollen, daß der Erbschaftssclave in der hereditas einen fingirten Dominus

der Erbschaftsrechte, weil in der That, wie sich unten näher zeigen wird, Rechte ihrem Begriff nach auch bestehen können, ohne daß sie einem Subject zustehen, noch hebt sie die Möglichkeit auf, daß sich die Erbschaft um Rechte und Schulden vermehrt oder vermindert, weil dies in einem gewissen Umfange auch ohne die Existenz oder Mitwirkung eines Subjects geschehen kann.

Das Vermögen eines Menschen erfährt einen Zuwachs oder eine Abnahme an Rechten und Verbindlichkeiten im Allgemeinen auf doppelte Weise: einmal durch darauf gerichtete Handlungen seines Subjects, dann aber auch so, daß dies dabei in keiner Weise thätig zu werden braucht. Im letzten Fall ist der Entstehungsgrund der Vermögensveränderungen lediglich eine Vorschrift des positiven Rechts, unter dessen Herrschaft der Mensch mit seinem Vermögen steht. Soweit es sich demnach um Vermögensverhältnisse handelt, die ebensowenig zu ihrer Existenz wie zu ihrem Erwerb ein physisches Subject voraussetzen, kommen diese ipso iure in das Vermögen des Menschen, ohne daß dieser selbst dabei irgendwie activ oder auch nur dienstbar sein müßte. Man kann deshalb von ihnen passend sagen, daß sie *unmittelbar dem Vermögen* erworben werden. In dieser Beziehung stehen den ipso iure erfolgenden Vermögensacquisitionen die durch Handlungen zu vermittelnden in dem Fall gleich, wenn ihr Erwerb für das Vermögen des Handelnden noch von Thatsachen abhängig ist, zu deren Existenz es einer Thätigkeit seinerseits

---

habe, so hätte, wenn irgendwo, hier auf diesen hingewiesen werden müssen. — Gegen die Ansicht *Ihering's*, Abhandl. S. 158 ff., die Herrenlosigkeit der Erbschaft sei von den älteren römischen Juristen durch die s. g. retrotractive Fiction des Erbschaftsantritts, von den späteren aber durch die Personification der hereditas theoretisch unschädlich gemacht, vgl. *meine* Erbschaft S. 124 ff.

nicht bedarf. Denn hier vollziehen sich dieselben, weil durch den Eintritt jener Thatsachen, ebenfalls unabhängig von dem Subject des Vermögens; sofern sie dieses Subjects auch nicht zu ihrer Existenz bedürfen, werden daher auch hier die Rechte und Schulden unmittelbar dem Vermögen erworben.

Diese unmittelbar für das Vermögen eintretenden Rechtsveränderungen müssen in ihrer doppelten Beziehung auch noch für die hereditas iacens möglich sein: da ihnen gegenüber schon bei Lebzeiten des Menschen seine physische Person in keiner Weise in Betracht kommt, sondern gleichsam das Vermögen ihre Stelle vertritt, so muß dies auch nach seinem Tode geschehen, weil durch den Tod nur das hier irrelevante Subject, nicht aber das Vermögen untergeht. Es muß also mit andern Worten die hereditas iacens jede vermögensrechtliche Veränderung erfahren können, die im Moment, wo sie entstehen soll, unter den Begriff einer ipso iure erfolgenden Accession oder Decession des Vermögens fällt. Dieser Grundsatz wird denn auch in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen: hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit [12]).

Die bisherige Begründung dieses Princips indicirt zugleich den Weg, auf welchem die römische Jurisprudenz zu dem bekannten Satze gelangte: hereditas personae defuncti vicem sustinet [13]), der in manchen Stellen noch durch den Zusatz in plerisque, in quibusdam oder in multis partibus iuris eine genauere Fassung erhalten hat [14]), und der mit den

12) l. 178 § 1 D. de V. S. (50. 16). l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3) ... nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem.

13) § 2 I. de hered. inst. (2. 14). l. 34 D. de acqu. rer. dom. (41. 1). l. 116 § 3 D. de legat. (30.) l. 22 D. de fideiussor. (46. 1.)

14) pr. I. de stip. servor. (3. 17.) l. 15 pr. D. de usurp. et usuc. (41. 3). l. 61 D. de acqu. rer. dom. (41. 1).

in anderen Stellen vorkommenden Ausdrucksweiſen: hereditas domini locum obtinet, domini loco oder pro domino habetur, und domina habetur oder domina est identiſch iſt [15]). Die wahre Bedeutung jenes Satzes iſt lediglich dieſe: es vertritt die Erbſchaft in vielen Fällen die Perſon des Erblaſſers oder, wo dieſe gerade in ihrer Eigenſchaft als Eigenthümer in Betracht kommt, den verſtorbenen Dominus, weil in vielen Fällen Rechtsveränderungen, die bei ſeinen Lebzeiten für ſein Vermögen als ein ihm zugehöriges und damit für ihn ſelbſt eintreten, auch nach ſeinem Tode noch für ſein hinterlaſſenes Vermögen eintreten können. Es wird alſo darin derſelbe Grundſatz im Bilde ausgeſprochen, welcher in dem Satze: hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, ſeinen juriſtiſchen Ausdruck erhalten hat.

Wenn die römiſchen Juriſten regelmäßig die Erweiterung der hereditas iacens um Rechte oder Schulden auf jenen Grundſatz in ſeiner bildlichen ſtatt in ſeiner juriſtiſchen Faſſung ſtützen, ſo hat dies einen doppelten Grund: einerſeits begegneten ſie den nach dem Wortlaut eines Rechtsſatzes möglichen Bedenken gegen einen erbſchaftlichen Erwerb, ſowie der gewöhnlichen Anſchauung, welche für jeden Rechtserwerb einen Erwerber fordert, in der kürzeſten Weiſe, wenn ſie ihrer Theorie einen dieſer Anſchauung [16]) und jenem Wortlaut [17]) entſprechenden Ausdruck gaben, andererſeits erzielten

15) l. 31 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). l. 15 pr. D. de interrog. in iure (11. 1). l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24). l. 1 § 1 D. si is qui testam. lib. (47. 4). c. 9 C. depositi (4. 34).

16) Vgl. l. 24 D. de novat. (46. 2) und l. 22 D. de fideiuss. (46. 1). Die Erklärung dieſer Stellen ſiehe unten.

17) Ein Beiſpiel dafür enthält die l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Ulp. Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aqui-

sie dadurch den bisweilen nothwendigen Hinweis, daß die fraglichen Vermögensveränderungen ihre Beurtheilung noch aus der Person des defunctus erfahren müssen. Obwohl nämlich der Erblasser mit dem Tode in jeder Beziehung aufhört, das Subject seines Vermögens zu sein[18]), und

lia agat, cum dominus nullus sit huius servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse. Dominus ergo hereditas habebitur; quare adita hereditate heres poterit experiri. Nach dem Wortlaut der lex Aquilia steht die actio legis Aquiliae dem Dominus zu, l. 11 § 6 D. eod.; deshalb stritt man, wer bei Tödtung eines Erbschaftssclaven die Klage acquirire, da dieser keinen Dominus habe. Celsus entscheidet diesen Streit durch Interpretation der lex Aquilia dahin, daß dieselbe nur habe sagen wollen, dem Dominus solle der Verlust in seinem Vermögen ersetzt werden, nämlich durch die für dasselbe erworbene actio legis Aquiliae. Es muß also, schließt Ulpian weiter, bei Tödtung eines Erbschaftssclaven als der im Gesetz genannte dominus das hinterlassene Vermögen, die hereditas, betrachtet werden. Da auf diese Weise die actio legis Aquiliae per hereditatem an den künftigen Erben gelangt, so konnte ihm auch bei Anstellung derselben nicht opponirt werden, daß er zur Zeit der Beschädigung noch nicht Eigenthümer der Sache gewesen sei, ein Einwand, den Pomponius in l. 43 D. eod. bekämpft.

18) l. 41 D. de reb. cred. (12. 1). ... Quodsi stipulatus quoque esset, referret, quemadmodum stipulatus esset; nam si nominatim, forte Titio domino suo mortuo iam dari stipulatus sit, procul dubio inutiliter esset stipulatus. Quodsi sibi dari stipulatus esset, dicendum hereditati eum acquisiisse. l. 18 § 2 D. de stip. servor. (45. 3), l. 1 pr., l. 15 D. eod. — Die Stipulation des Erbschaftssclaven zum Zweck der Acceptilation einer vom Verstorbenen hinterlassenen Schuld: quod Titius dominus meus tibi promisit habesne acceptum?, ursprünglich auch beanstandet, wurde später zugelassen, weil in der That ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Fall der l. 41 cit. und diesem Statt fand; dort soll einem nicht mehr Existirenden noch ein Recht erworben, hier aber nicht der Verstorbene, der bereits durch den Tod befreit ist, sondern nur sein hinterlassenes Vermögen liberirt werden, l. 11 § 2 D. de acceptil. (46. 4). Si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, verius puto, contingere liberationem, ut per hoc hereditas

letzteres gerade dadurch, daß es ſofort eine Beſtimmung für ein anderes Subject erhält, zur Erbſchaft wird, ſo muß es doch vor dem Antritt des Erben inſofern noch als Vermögen des Verſtorbenen betrachtet werden, als die Rechte, aus denen es beſteht, von ihm hinterlaſſen und ein Ausfluß gerade ſeiner Rechtsfähigkeit ſind. Daraus ergiebt ſich dann aber, daß dieſe Rechte, ſo lange ſie nicht von der Rechtsfähigkeit eines neuen Subjects beeinflußt ſind, in ihrem Inhalt keine Veränderung erleiden, daher nichts Anderes als bisher gewähren und bewirken, alſo ſich auch nur um ſolche Acceſſionen vermehren können, welche bei Lebzeiten des Erblaſſers rechtlich möglich waren. Mit andern Worten, die Erbſchaft muß noch von der Rechtsfähigkeit des Erblaſſers beherrſcht werden; nach dieſer muß ſich die Möglichkeit und der Umfang der Rechtserwerbungen für dieſelbe beſtimmen [19]), nur, wie

ipsa liberetur. Von einer fingirten Fortdauer des Verſtorbenen als Subject ſeines Vermögens war alſo auch hier nicht die Rede.

19) l. 33 § 2 D. de A. R. D. (41. 1). Quoties servus hereditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit ... l. 34. hereditas enim ... personam ... defuncti sustinet. Es galt der Grundſatz: servus ex persona domini ius stipulandi habet, pr. I. de stip. serv. (3. 17), d. h. Sachen, die der Dominus rechtsunfähig war, zu ſtipuliren, kann ſich auch ſein Sclave nicht ſtipuliren laſſen, l. 34 D. de V. O. (45. 1). Mit dem Tode des Dominus wird nun zwar der Sclave als servus hereditarius herrenlos, aber dies hindert weder ſeinen Erwerb durch Stipulationen, noch die Wirkſamkeit des obigen Grundſatzes. Bei Lebzeiten des Dominus geſchieht dieſer Erwerb ohne deſſen Mitwirkung lediglich kraft des am Sclaven beſtehenden Eigenthums, durch welches dieſer ſelbſt zum Vermögenskreiſe ſeines Dominus gehört und die von ihm ſtipulirten Forderungen ipso iure in dieſen Kreis hineinzieht; er muß daher auch nach dem Tode des Dominus, durch welchen nur dieſer, nicht auch das Eigenthumsrecht am Sclaven und das Vermögen, dem letzterer angehört, untergeht, für die Erbſchaft Statt finden können. Aber da die Rechtsfähigkeit des Dominus auf den Inhalt ſeines Eigenthums am Sclaven influirt, alſo beſtimmt, was es zu ge-

ſich von ſelbſt verſteht, ohne Rückſicht auf Rechte und Verhältniſſe, welche der Perſon inhäriren, die, nachdem ſie aufgehört haben zu exiſtiren, auch keinen Einfluß mehr üben können [20]).

---

währen vermag, ſo können die Stipulationen des Erbſchaftsſclaven auch nur dann gültig ſein, wenn ſie als bei Lebzeiten des Erblaſſers geſchloſſene Geltung gehabt hätten, da Erbſchaftsrechte nur ſo hinterlaſſen werden können, wie ſie dem Erblaſſer zuſtanden; alſo hereditas personam defuncti sustinet. — Ebenſo verhält es ſich mit der Ernennung eines Erbſchaftsſclaven zum Erben oder Legatar, l. 31 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit, heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere. l. 116 § 3 D. de legat. (30). Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. Nach der Regel des ius civile: cum servis testamenti factio est ex persona dominorum können Sclaven gültig zu Erben und Legataren ernannt werden, wenn ihr Dominus dem Teſtator gegenüber Erbfähigkeit hatte, Ulpian fragm. XXII. 9. l. 31 pr. D. de hered. inst. (28. 5). l. 12 § 2 D. de legat. (30). § 24 I. de legat. (2. 20). Die Rechtsfähigkeit des Dominus beeinflußt alſo auch hier den Inhalt ſeines Eigenthumsrechts am Sclaven und damit den Umfang deſſen, was er kraft jenes Rechts durch dieſen erwerben kann. Mit dieſem Inhalt bleibt das Eigenthum beim Tode des Dominus in ſeiner Erbſchaft zurück, alſo auch eine gleiche Erwerbsfähigkeit des Sclaven; man kann daher ſagen, die Erbſchaft iſt gleichſam noch die gerade den Verſtorbenen vertretende Domina, nach welcher die Frage über die testamenti factio cum servo hereditario beantwortet werden kann und muß: hereditas domina est et defuncti locum obtinet. Die Herrenloſigkeit des Erbſchaftsſclaven ſchließt deshalb ſeine Honorirung in einem Teſtament nicht aus, l. 64 D. de hered. inst. (28. 5) ... servus hereditarius ... institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit; und ebenſowenig hindert ſie die Delation der Erbſchaft und der petitio legati, wohl aber den Antritt: quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est, l. 61 pr. D. de A. R. D. (41. 1). Gaius II. 189.

20) Ein Beiſpiel dafür enthält die l. 55 § 1 D. de legat. (31). Si eo herede instituto, qui vel nihil, vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate;

Dieſe Anſicht erhielt bei den Römern in dem Satze: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet[21]), mit Recht den Vorzug vor einer andern Meinung, welche, indem ſie die Erbſchaft als ein für den künftigen Erben beſtimmtes Vermögen betrachtete, deſſen Rechtsfähigkeit berückſichtigt wiſſen wollte. Denn hier wurde überſehen, daß die Erbſchaft jene ihre Beſtimmung erſt mit dem Antritt des Erben erreicht, und daß bis dahin der Erbe, deſſen Rechtsfähigkeit in Betracht gezogen werden ſoll, eine persona incerta iſt. Ueberdies würden die Gläubiger des Verſtorbenen, welche an ſeinem geſammten Vermögen mit allen Acceſſionen ein Recht auf Befriedigung haben, in dieſem Recht eine unvermeidliche Beeinträchtigung erfahren, wenn nachträglich die Unfähigkeit des Erben die ex persona defuncti möglichen

---

utrum heredis, an defuncti persona, an neutrius spectare debeat; et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento acquiratur legatum hereditati, atque ob id omni modo ad eum pertineat, quicunque postea heres extiterit, secundum quod accipere potest; reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit. Die Incapacität involvirt, da ſie die testamenti factio nicht hindert, keine Minderung der Rechtsfähigkeit, ſondern nur eine die Ausübung des Erbrechts beeinträchtigende Strafe (C. VIII. 58 de infirm. poenis caelib. et orbit.), die für einen Verſtorbenen nicht mehr eintreten kann: extinguitur crimen mortalitate, l. 11 D. ad leg. Iul. majest. (48. 4). Ebenſo können natürlich privilegia personae, auf welche der Verſtorbene Anſpruch hatte, keinen Einfluß mehr auf ſein hinterlaſſenes Vermögen üben, vgl. unten Note 35.

21) § 2 J. de hered. inst. (2. 14). Daher heißt es auch in l. 52 D. de hered. inst. (28. 5): Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit. Und ebenſo in l. 33 § 2 D. de A. R. D. (41. 1): Quoties servus hereditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Iuliano placet; cuius et valuit sententia, testantis personam spectandam esse opinantis; l. 34. hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.

Erwerbungen der Erbschaft hindern, und dadurch diese etwa insolvent werden sollte: denn hier würde ihnen auch das beneficium separationis keine Hülfe gewähren.

Auch für das heutige Recht ist es, wie sich unten noch weiter ergeben wird, keineswegs ohne alle praktische Bedeutung, ob man die Rechtsverhältnisse der ruhenden Erbschaft aus der Person des künftigen Erben oder aus der Person des Verstorbenen beurtheilt, wenn gleich der Satz: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, bei uns keine so hervorragende Bedeutung mehr wie bei den Römern haben kann [22]), weil die das römische Commercium und Connubium bedingenden Umstände auf die heutige Privatrechtsfähigkeit im Allgemeinen nicht influiren.

Die Fähigkeit der Erbschaft, sich in dem Umfange des eben erörterten Princips um Rechte und Schulden zu vermehren und zu vermindern, hat ihren Grund in der organischen Natur des Vermögens. Denn sie wurzelt lediglich in den Rechten, aus denen die Erbschaft besteht; nur durch diese können in ihr neue Rechtsverhältnisse begründet werden. Es macht daher diese Fähigkeit die Erbschaft nicht zu einer Person, als welche sie in die heutige Doctrin unter den verschiedensten Namen eingeführt worden ist, obwohl sie wegen derselben bildlich als die Vertreterin des Verstorbenen bezeichnet werden kann. Wenn der Begriff der Persönlichkeit in der Eigenschaft

22) v. Savigny, System Bd. 2 S. 370, irrt aber, wenn er meint, daß es überhaupt praktisch ganz irrelevant sei, ob man während der ruhenden Erbschaft den künftigen Erben oder den Verstorbenen als Herrn des Vermögens betrachte; vgl. dagegen Note 31—35. Man darf deshalb auch nicht mit ihm annehmen, der Satz: hereditas personam defuncti sustinet habe nur die streng civilen Erwerbungen durch Erbschaftssclaven erleichtern sollen, sei daher kein Bestandtheil des heutigen Rechts mehr; diese Beschränkung steht mit den Quellen in Widerspruch, vgl. Note 26, 38, 42.

besteht, einen Willen haben zu können, und wenn Sache das ist, was bei der ausschließlichen Bestimmung, Gegenstand des Willens zu sein, selbst unfähig ist, einen Willen zu haben, so muß nicht blos die Erbschaft von Natur eine Sache, ein Rechtsobject sein, sondern es muß auch die Uebertragung der Persönlichkeit auf sie logisch unmöglich erscheinen: denn jede Uebertragung der Persönlichkeit auf das von Natur Unpersönliche hebt ihren Begriff nothwendig auf [23]).

---

23) Manche Juristen, wie Puchta, Vorles. § 446, v. Scheurl a. a. O. S. 2. 9, Schirmer l. c. pag. 34. 40, v. Savigny a. a. O. § 102 und Kuntze a. a. O. S. 378, welche durch Fiction nur ein Subject für die hereditas gewinnen wollen und dies bald die fingirte, bald die juristische, bald die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen nennen, setzen sich schon mit dem Wortlaut der Quellen in Widerspruch; denn wenn mit dem Ausdruck hereditas personae defuncti vicem sustinet auch vielleicht hätte gesagt werden können, die hereditas selbst sei die Person des Verstorbenen, so ließ sich doch mit jenen Worten niemals der Sinn verbinden, die hereditas habe diese Person zu ihrem Subject. — Unter den Juristen, welche die hereditas selbst personificiren, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 41, Pfeifer a. a. O. S. 152 und Jhering a. a. O. S. 228 ff., argumentirt Letzterer etwa so: Die Persönlichkeit besteht an sich in der bloßen Fähigkeit, Rechte zu produciren. Diese „actuelle Persönlichkeit" realisirt sich in den Rechtsverhältnissen, die sie angesetzt hat, und der Inbegriff derselben ist daher die „substantiirte Persönlichkeit." Beim Tode des Menschen geht jene unter, diese dagegen bleibt in der Erbschaft zurück und ist während der Zeit der hereditas iacens das erforderliche Subject. Hierbei ist übersehen — früher im Anschluß an Jhering von mir selbst in meiner Inauguraldissertation: De natura hereditatis nondum aditae. Berol. 1850 —, daß man dem, was Ausfluß der Persönlichkeit ist, diese selbst nur dann wiederum beilegen kann, wenn ihm die Eigenschaft, welche das Wesen der Persönlichkeit ausmacht, inne wohnt. Auch bei Vering, Röm. Erbrecht S. 65 ff., wiederholt sich dieser Irrthum, aber in noch eigenthümlicherer Weise: die familia defuncti soll nicht bloß aus dem Inbegriff der vorhandenen Vermögensrechte bestehen, sondern die ganze Rechtsfähigkeit des Verstorbenen, seine ganze Rechtspersönlichkeit nach der vermögens-

Die Quellen, welche den Grundsatz über die Vermögensfähigkeit der hereditas iacens zur Anwendung bringen, betreffen theils durch Erbschaftssclaven vermittelte[24]), theils solche Vermögenserwerbungen, welche ohne Mitwirkung dieser und zwar in der oben erwähnten doppelten Art eintreten: entweder vollständig ipso iure, oder mit Thatsachen, von denen ihre Acquisition für das Vermögen des Erblassers noch bei dessen Lebzeiten abhängig gemacht war. Während jene heute nur noch zur Erkenntniß des im römischen Recht befolgten allgemeinen Princips dienen können, haben diese in ihrer zwiefachen Richtung eine unmittelbar praktische Bedeutung.

Als Beispiele von Rechten und Verbindlichkeiten, welche vollständig ipso iure der hereditas iacens zugehen, finden

---

rechtlichen Seite hin enthalten, also, wenn ich recht verstehe, sein commercium. Dies ist zunächst schon nicht richtig: ein Peregrine kann Testamentserbe des civis Romanus miles sein, l. 13 § 2 D. de test. mil. (29. 1), aber das commercium seines Erblassers erwirbt er dadurch nicht. Gehörte aber auch wirklich dieses mit zum Inhalt der Erbschaft, so wäre damit doch in dieser nur neben den Vermögensrechten noch ein weiteres Recht des Erblassers zurückgeblieben, Ulpian fragm. XIX. 5, welches ein vermögensrechtliches Können und Dürfen auch dem künftigen Erben gewähren würde, aber der Erbschaft selbst wäre damit die Möglichkeit eines Willens, welche das Wesen der Person ausmacht, nicht zugekommen. Von einem Können und Dürfen kann bei ihr nicht die Rede sein, sondern nur von einem Werden von Rechten aus den vorhandenen iura hereditaria. Dies ist abhängig von dem Inhalt der letzteren, der sich nach der Rechtsfähigkeit ihres Erwerbers bestimmt, und nur in diesem Sinne kann daher, wie es oben geschehen ist, gesagt werden, die Erbschaft werde noch von der Rechtsfähigkeit des Erblassers beherrscht, so lange sie nicht durch den Antritt des Erben der Rechtsfähigkeit ihres neuen Subjects unterworfen worden ist. Was jetzt vermöge der Erbschaftsrechte erworben werden kann, das bestimmt sich nicht nach der Person des Verstorbenen, sondern nach der des Erben.

24) Vgl. meine Erbschaft S. 36—58.

wir in den Quellen aufgeführt: das Eigenthum an den Früchten von Erbſchaftsſachen[25]), die actio legis Aquiliae, die actio arborum furtim caesarum, das interdictum quod vi aut clam[26]), die Forderungen auf die grundloſe Bereicherung gegen den redlichen und auf das volle Intereſſe gegen den unredlichen Erbſchaftsbeſitzer, ſowie die aus deſſen Gegen-

25) l. 178 § 1 D. de V. S. (50. 16). Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit; hereditas autem vel maxime fructibus augetur. l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3). l. 26 D. eod.

26) l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). l. 43 D. eod. Ob id, quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem eius, cui heres sis, acciderit ... Eadem dicemus et de arboribus eodem tempore furtim caesis. Puto eadem dici posse etiam de actione quod vi aut clam, si modo quis aut prohibitus fecerit, aut apparuerit, eum intelligere debuisse, ab iis, ad quos ea hereditas pertineret, si resciissent, prohibitum iri. l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24) ... hereditas dominae locum obtinet, et recte dicetur, heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive antequam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam factum. Ueber die actio legis Aquiliae ſiehe oben Note 17. Eine Unterart derſelben iſt die heute unpraktiſche (§ 1 Note 22) actio arborum furtim caesarum, mit welcher das interdictum quod clam das Moment des Heimlichen gemein hat, l. 5 § 1, l. 8 § 1 D. arb. furt. caes. (47. 7). Die Vorausſetzungen dieſer beiden Klagen treten lediglich in der Perſon des Beklagten ein, l. 3 pr. D. quod vi aut clam (43. 24), ihr Erwerb erfolgt alſo ipso iure für das Vermögen, ohne daß es einer Mitwirkung ſeines Subjects bedarf; denn das verſtändiger Weiſe vorauszuſetzende Bewußtſein, daß bei geſchehener Anzeige die Handlung werde verboten werden, reicht zur Entſtehung jener Klagen hin, l. 3 § 7. 8 D. eod. Das interdictum quod vi ſetzt allerdings ein Verbot voraus, aber dies braucht nicht nothwendig vom Eigenthümer des Grundſtücks ertheilt zu ſein. Die mit dem Interdict geltend zu machende Forderung kommt in ſein Vermögen, si modo quis prohibitus fecerit, l. 12, l. 17 D. quod vi aut clam (43. 24); der Mangel des Dominus ſchließt daher auch ihren Erwerb für die Erbſchaft nicht aus.

ansprüchen erwachsenden Schulden[27]), und die Forderungen und Schulden aus der negotiorum gestio[28]). Diese Fälle

27) l. 20 § 6, l. 25 § 3—17 D. de H. P. (5. 3). l. 17, l. 20 § 20, l. 31 pr. § 1—3, l. 38—l. 40 § 3 D. eod. Durch die Besitzergreifung der Erbschaft von Seiten eines Nichtberechtigten werden zunächst einzelne erbschaftliche Klagen begründet, d. h. es gelangen in den Nachlaß z. B. aus erbschaftlichen Eigenthumsrechten die rei vindicatio, wegen Consumtion von Erbschaftssachen eine condictio, l. 2 D. expil. hered. (47. 19), c. 4 C. eod. (9. 32), und wegen sonstiger Verletzung von Erbschaftsrechten die betreffenden dinglichen oder persönlichen Klagen. Mit dem Antritt des Erben werden aber alle erbschaftlichen Rechte als hereditate d. h. iure hereditario erworbene [l. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43. 19), l. 49 D. mand. (17. 1)] in das Bereich der hereditatis petitio gezogen und können deshalb gegen den Besitzer pro herede oder pro possessore mit dieser einzigen Klage verfolgt werden, l. 13 § 4, l. 18 § 2, l. 20 § 4 D. de H. P. (5. 3).

28) Der ursprüngliche Wortlaut des prätorischen Edicts: Si quis negotia alterius gesserit, iudicium eo nomine dabo, schloß die Anwendung der negotiorum gestio auf die Erbschaft aus, weil wer negotia hereditaria gerirte, keinen dominus negotii hatte, l. 3 § 6, l. 22 pr. D. de neg. gest. (3. 5). Indessen, da die Obligationen, welche die negotiorum gestio in das Vermögen des dominus negotii bringt, ihm gegenüber nur objective Voraussetzungen haben, also zu ihrer Entstehung seiner Mitwirkung nicht bedürfen, so entsprach es nur der ratio iuris, wenn der Prätor sein Edict durch einen Zusatz dahin erweiterte, daß auch die Verwaltung einer Erbschaft die Klagen aus der negotiorum gestio begründe, l. 3 pr., l. 22 D. eod., nämlich für und gegen die Erbschaft und damit demnächst für und gegen den Erben, l. 3 § 7 D. eod. Haec autem actio, cum ex negotio gesto oriatur, et heredi et in heredem competit. Die Worte des Edictszusatzes: sive quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit sprechen ausdrücklich nur von Geschäften in Bezug auf Vermögensstücke, die schon bei Lebzeiten des Erblassers existirten, die römische Jurisprudenz nimmt consequenter Weise eine gleiche Wirkung für die Geschäfte in Anspruch, welche sich auf erst nach dem Tode des Erblassers entstandene Vermögensstücke beziehen, l. 3 § 6 D. eod. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus et foetus et fructus, vel si quid servi acquisierint, etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi. Mühlenbruch a. a. O. S. 49 versteht diese Worte irrthümlich dahin, die Bestimmung des präto-

repräſentiren natürlich nur eine kleine Zahl der Vermögensveränderungen, welche ipso iure für die hereditas iacens eintreten können. Es leuchtet von ſelbſt ein, daß ſich für dieſelbe z. B. auch die meiſten Arten des Eigenthumserwerbs durch Verbindung [29]), der Verluſt von Eigenthum durch Uſucapion [30]), und die Befreiung von Schulden wegen casus oder Wegfall des Intereſſes des Gläubigers als möglich erweiſen.

Unter den aufgezählten Fällen bietet die negotiorum gestio zugleich ein Beiſpiel für die praktiſche Bedeutung, welche der Satz: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, noch im heutigen Rechte hat: der Umfang der Schuld aus der negotiorum gestio beſtimmt ſich nicht nach der Perſon des Erben, ſinkt daher, wenn dies auch ein Unmündiger iſt, nicht auf die bloße Bereicherung herab [31]), und die Frage, ob das Unternehmen des Geſtors, welches einen unglücklichen Erfolg hatte, den Gewohnheiten und Grundſätzen des Dominus widerſpreche [32]), darf ebenfalls

---

riſchen Edicts über die negotiorum gestio ſei auch auf jede andere Vermögensacceſſion zu beziehen, und ſieht deshalb in jenem Edict den Urſprung des Satzes: hereditas personam defuncti sustinet. So auch v. Scheurl a. a. O. S. 76.

29) l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3) ... sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem.

30) l. 21 D. eod.

31) l. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5). Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat, ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit. l. 37 D. eod. Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem.

32) l. 11 pr. D. eod. ... interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras. l. 10 § 1 D. eod., c. 10 C. eod. (2. 19).

nicht aus der Person des künftigen Erben, sondern nur aus der Person des Erblassers beantwortet werden. Bei dieser Frage handelt es sich um den Einfluß, welchen die Individualität des Erblassers auf seine Rechtsverhältnisse übt; auch dieser kann und muß hier noch für die hereditas iacens fortdauern, da der Tod die Möglichkeit, sich auf seinen Standpunkt zu versetzen, nicht aufhebt, und die negotiorum gestio ihrem Wesen nach eine contemplatio domini von Seiten des Gestors auch in dieser Richtung fordert[33]). Eine Berücksichtigung des künftigen Erben würde hier aus doppeltem Grunde unmöglich sein: einerseits weil negotia hereditaria noch keine negotia heredis sind[34]), anderer-

33) Die negotiorum gestio erzeugt eine obligatio quasi ex contractu, l. 16 D. de neg. gest. (3. 5), § 1 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27), nämlich quasi ex mandato, setzt also voraus, daß im concreten Fall angenommen werden darf, der dominus würde, wenn er noch lebte, die Handlung gebilligt und deshalb bei eigener Behinderung das Mandat zu ihrer Vornahme ertheilt haben; ihre juristische Natur verlangt daher vom Gestor die contemplatio domini. Vgl. Leist, Civilistische Studien. Heft 2. S. 110. 141.

34) Negotia hereditaria sind nicht negotia für den erwarteten Erben (Note 31) und werden auch nicht schon durch die bloße Absicht des Gestors, für ihn zu handeln, negotia heredis, sondern erst dann, wenn nach dem Antritt die Ratihabition des Erben hinzukommt, l. 6 § 10. 11 D. de neg. gest. (3. 5). Dankwardt, Die Negotiorum gestio. S. 29 Note 14, hält hier fälschlich die Absicht des Gestors für entscheidend; je nach dieser soll bei unglücklichem Erfolg des Geschäfts auf die Gewohnheiten des Defunctus oder auf die des künftigen Erben Rücksicht genommen werden. Bei der Beerdigung des Erblassers hat der negotiorum gestor gewiß stets die Absicht, für den Erben zu handeln, dennoch heißt es in l. 1 D. de relig. et sumt. (11. 7): Qui propter funus aliquid impendit cum defuncto contrahere videtur, non cum herede, weil er ein negotium hereditarium führt, nämlich eine zur Erbschaft gehörige Schuld bezahlt, die in derselben mit dem Tode des Erblassers entsteht und deren Umfang sich nach Stand und Vermögen desselben bestimmt, l. 14 § 17, l. 45 D. eod., l. 12 § 5, l. 14 § 6 D. eod.;

seits weil bei der bis zum Antritt nothwendigen Ungewißheit des Erben dem Gestor in diesem überhaupt keine bestimmte Person gegeben ist, nach der er ermessen kann, ob und welche Ansprüche ihm aus seiner Geschäftsführung erwachsen werden. — Wie es sich in unserem Falle verhalten muß, wenn nicht der Erbe, sondern der Erblasser ein Unmündiger war, ergiebt sich nach dem oben Gesagten leicht: die Verpflichtung des Pupillen gegen den Gestor auf die bloße Bereicherung hat ihren Grund in einem privilegium personae, welches seiner Erbschaft nicht mehr zu Gute kommen kann [35]), und von bestimmten Gewohnheiten und Grundsätzen in der Vermögensverwaltung kann bei einem Pupillen seiner Dispositionsunfähigkeit wegen überhaupt nicht die Rede sein; es muß deßhalb hier hinsichtlich der Frage, ob der verstorbene dominus negotii dasselbe wie der Gestor gethan haben würde, lediglich das Verfahren, welches jeder bonus et diligens paterfamilias im concreten Fall eingeschlagen hätte, zum Maßstab genommen werden [36]).

Als Beispiele, wo Handlungen des Erblassers erst nach dem Tode in seinem hinterlassenen Vermögen wirksam werden, finden sich in den Quellen, abgesehen von nachträglichen Accrescenzfällen, bei welchen die Erbschaft eine Erbportion acquirirt [37]), die Entstehung einer Schuld aus einer be-

vgl. Walther, Ueber Leichenbestattungskosten in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proc. N. F. Bd. 17. S. 376 ff. Das Vermögen, in welches eingegriffen wird, nicht die Willensmeinung des Gestors bestimmt überall den dominus negotii. Vgl. Aarons, Beiträge zur Lehre von der neg. gestio. 1. Abth. 1860.

35) l. 68 D. de R. I. (50. 17): In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.

36) l. 6 § 12 D. de neg gest. (3. 5).

37) Vgl. l. 9 D. de suis et legit. heredib. (38. 16).

dingten Novation[38]) und einer Verpflichtung auf Conventionalstrafe[39]), und der Verlust des Rechts aus der in diem addictio[40]), wenn in der Zeit der hereditas iacens die conditio beziehungsweise der dies eintritt. Auch hier lassen sich aber die Beispiele leicht vermehren. Eigenthumsrechte, Pfandrechte, Prädialservituten und Forderungen, welche dem Erblasser bei seinen Lebzeiten sub conditione eingeräumt sind, müssen gleichfalls in seine Erbschaft gelangen, wenn sich, während diese ruht, die Bedingung erfüllt; und dieselben

38) l. 24 D. de novat. (46. 2). Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fieret: hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet. Das in der Vulg. vor cuius von späterer Hand eingeschobene illius oder eius, um die Stelle mit dem Satze: hereditas non heredis, sed defuncti personam sustinet in Einklang zu bringen, ist überflüssig. Denn bei einem noch vom Erblasser selbst abgeschlossenen Vertrage war keine Veranlassung zur Hervorhebung dieses Gegensatzes, sondern nur zu dem Nachweise, daß die Schuld aus der Stipulation entstehen könne, obwohl, so lange der Erbe des Titius nicht angetreten hat, Niemand existirt, der Debitor werden kann. Daher sagt der Jurist: die Person des Erben vertritt bis zum Antritt die Erbschaft, d. h. die Schuld wird ein Bestandtheil dieser.

39) l. 77 D. de V. O. (45. 1). Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.

40) l. 15 pr. D. de in diem add. (18. 2). Si praedio in diem addicto ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat, sive omnino non existat, priori praedium emtum est, quia melior conditio allata, quae domino placeat, intelligi non potest, quum is, qui vendat, non existat; quodsi intra diem adiectionis heres existat, melior conditio ei afferri potest. Eine mora wird aber während der hereditas iacens nicht begründet, l. 5 § 20 D. ut in poss. leg. (36. 4).

Rechte müſſen, wenn noch der Erblaſſer ſelbſt ſie bedingungsweiſe alienirt oder remittirt hatte, mit dem Eintritt der conditio der Erbſchaft verloren gehen. Zu den bedingten Forderungen gehören auch die Forderungen aus Spielverträgen. Man kann daher ſagen, daß ein Todter zwar nicht ſpielen, d. h. keinen Spielvertrag ſchließen, daß er aber aus dem noch bei Lebzeiten geſchloſſenen Vertrage, wo die Entſcheidung des Spiels eine Thätigkeit des Spielers nicht vorausſetzt, gewinnen kann, inſofern die Forderung auf den Gewinn als eine Acceſſion ſeiner hereditas iacens zugeht[41]).

In allen dieſen Fällen hindert die etwaige Unfähigkeit des künftigen Erben die Erwerbungen für die Erbſchaft nicht. Wo es in Deutſchland noch Perſonen giebt, die dieſer oder jener Vermögensrechte unfähig ſind, wie namentlich früher die Juden des Grundeigenthums, da hat daher die Regel: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, gleichfalls noch ihre volle Bedeutung[42]).

Eine die persona defuncti beſonders hervorhebende Faſ-

41) Vgl. Jhering, Civilrechtsfälle, Nr. II. und Girtanner, Rechtsfälle zu Puchta's Pandecten. § 447.

42) Wenn alſo z. B. Jemandem ein Grundſtück sub conditione tradirt iſt und die Bedingung erſt nach ſeinem Tode während der hereditas iacens eintritt, ſo erwirbt dieſe das Eigenthum, wenn auch der künftige Erbe nach poſitiver Rechtsvorſchrift nicht Eigenthümer von Grundſtücken ſein und deshalb nach der richtigen Anſicht auch durch den Antritt nicht in daſſelbe ſuccediren kann. Die Annahme von Puchta, Vorleſ. § 447 und Beilage XXI, dem v. Scheurl a. a. O. S. 40 folgt, daß eine ſolche Vorſchrift die Succeſſion des Erben nicht hindere, weil er nur der phyſiſche Träger der vermögensrechtlichen Perſon des Verſtorbenen werde, daß vielmehr dieſelbe ihn nur zwinge, das Grundſtück zu veräußern, gewährt ein Zeugniß, zu welchen Irrthümern die Auffaſſung der Erbſchaft als persona defuncti führen kann. Die l. 62 D. de A. R. D. (41. 1), auf welche Puchta und v. Scheurl ihre Anſicht ſtützen, beſtätigt dieſelbe in der That in keiner Weiſe; vgl. meine Erbſchaft S. 102 ff.

sung wie in dem eben erwähnten Satze hat das Princip, daß die Erbschaft das Subject, dessen sie entbehrt, selbst zu vertreten vermag, in den Quellen nur da, wo es sich um die Vermögensfähigkeit des Nachlasses, und damit noch um die Rechtsfähigkeit des Erblassers handelt. Wo diese nicht in Betracht kommt, da gab es zwar auch Veranlassung zu einem Hinweise auf jenes Princip, aber die Behauptung, daß das von der Erbschaft vertretene Subject die Person des Verstorbenen sei, hätte hier nur zu Irrthümern führen können, mußte also vermieden werden. Ein Beispiel dafür enthält die bekannte l. 22 D. de fideiuss. (46. 1). Sie betrifft die Frage, ob in der Zeit der hereditas iacens eine Bürgschaft für den Verstorbenen möglich sei. Bei einer rein äußerlichen Betrachtung, welche hier die Person des Schuldners vermißt, für die sich Jemand verbürgen kann, war diese Frage zu verneinen; die juristische Beurtheilung dagegen durfte daran keinen Anstoß nehmen, sondern ihr mußte, da sich der Bürge nicht blos auf Grund eines Mandats des Hauptschuldners, sondern auch als dessen negotiorum gestor oder animo donandi[43]) dem Gläubiger verpflichten kann, die Existenz der Schuld in der hinterlassenen Erbschaft genügen, um für diese die Möglichkeit einer Bürgschaft anzuerkennen. Indem die römische Jurisprudenz dies thut, begründet sie ihre Entscheidung in einer Form, welche auf jene äußerliche Betrachtung der Sache Rücksicht nimmt; weil diese eine physische Person fordert, für die man sich verbürgt, so sagt sie, die Erbschaft vertritt hier dieselbe, und fügt hinzu, sowie auch ein Municipium, eine Decurie und eine Societas eine physische Person vertreten: Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. Diese Vergleichung will

43) l. 4 D. de neg. gest. (3. 5).

nicht etwa die hereditas iacens auch in die Zahl der Rechtssubjecte stellen, sondern sie will nichts weiter darthun, als daß auch sonst noch eine Bürgschaft möglich ist, wo keine physische Person als Schuldner existirt. Daß nach der römischen Auffassung in unserem Fall eine Verbürgung blos für eine Schuld, nicht für einen Schuldner erfolgte, dies wird durch ein anderes Zeugniß, welches dieselbe Frage behandelt, außer Zweifel gesetzt: Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur, debitum sit, etiamsi nullus appareat, qui interim debeat, utputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est[44]). Bei diesem Bürgschaftsgeschäft kommt nun die Person des Erblassers überhaupt nicht in Frage, weil bei demselben seine Rechtsfähigkeit ohne Bedeutung ist, und von Dingen, welche mit seinem Tode aufgehört haben zu existiren, die Gültigkeit desselben nicht mehr abhängen kann. Letzteres würde man in Abrede zu stellen scheinen, wenn man auch hier gesagt hätte, es sei der defunctus, den die hereditas vertrete; es ist deshalb, weil nicht ohne

44) l. 11 pr. D. de pecun. const. (13. 5). Hiernach muß man die Idee der Persönlichkeit der Erbschaft „auch für die bloße Vorstellung der römischen Juristen" in Abrede stellen, wie sie Windscheid, Die Actio S. 233 ff., bei ihnen wegen des vom Gefühl geforderten tragenden Subjects für die Erbschaftsrechte neuerdings annimmt, während er früher in der Krit. Ueberschau Bd. 1 S. 186. 193 bereits auf dem Wege war, dieselbe ganz zu beseitigen. Die römischen Juristen hatten das wahre Sachverhältniß erkannt und ihre Vorstellung konnte daher auch nur eine diesem entsprechende sein. Die gewöhnliche Anschauung vermißt hier aber allerdings überall das Subject und machte deshalb einen Demonstrationsbehelf nöthig, wie ihn sich die römischen Juristen in den Sätzen schufen, welche die Vertretung des Subjects durch die hereditas aussprechen.

praktische Bedeutung, auch sicher kein bloßer Zufall, wenn es in der ersten Stelle nur heißt: hereditas personae vice fungitur. Diese praktische Bedeutung zeigt sich, wenn es die Wittwe des Erblassers war, welche die Bürgschaft übernahm: nach Justinian's Bestimmung ist die Bürgschaft einer Frau für ihren Ehemann nichtig [45]), ihre Intercession für eine Erbschaftsschuld desselben wird dies aber nicht sein, weil mit dem Tode des Mannes die Ehe endigt, also auf Bürgschaften der Wittwe nur die Vorschriften des S. C. Vellejanum zur Anwendung kommen können [46]). Eine Beurtheilung aus der Person des Verstorbenen kann bei einer fideiussio für denselben nur rücksichtlich der etwaigen negotiorum gestio des Bürgen, nicht aber rücksichtlich der Bürgschaft selbst Platz greifen.

Es erweisen sich hiernach für die hereditas iacens nicht

45) Nov. 134 c. 8.

46) Dies ist auch die herrschende Ansicht, Glück a. a. O. Bd. 15 S. 49. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 3 S. 180. Die l. 5 D. expil. heredit. (47. 19) und c. 4 C. eod. (9. 32), welche gegen die Wittwe die Anklage wegen Erbschaftsplünderung für unzulässig erklären, weil sie gegen ihren Ehemann kein furtum begehen konnte, dürfen ihr nicht entgegengestellt werden, weil dies seinen Grund hat in der factischen Gemeinschaftlichkeit des Vermögens in Folge der societas vitae, welche auch für den überlebenden Ehegatten einstweilen fortdauert, l. 52 D. de re iudic. (42. 1), l. 33 D. de neg. gest. (3. 5), l. 1 D. de act. rer. amot. (25. 2). Manche Juristen hielten zwar nach der letzten Stelle ein furtum unter Ehegatten an sich für möglich und sahen den Grund der Ausschließung der actio furti nur in positiver Vorschrift in honorem matrimonii oder propter reverentiam personarum, l. 2, l. 3 § 2 D. eod. Auch von diesem Gesichtspunkte aus, nach welchem die Anstellung einer actio turpis die Ehre beider Ehegatten verletzt, durfte das crimen expilatae hereditatis beim hinterbliebenen Ehegatten nicht angenommen werden, weil den verstorbenen Ehegatten seine Ehre überlebt (Note 61) und dadurch noch ein sittlicher Zusammenhang unter ihnen fortdauert. Diesen zerstört nur die Scheidung, nicht auch der Tod, der die Ehe auf natürliche Weise auflöst, l. 3 pr. D. eod.

blos die unmittelbar für das Vermögen eintretenden Erwerbungen von Rechten und Verbindlichkeiten, ſondern überhaupt alle vermögensrechtlichen Verhältniſſe als möglich, welche des untergegangenen Subjects in keiner Weiſe bedürfen. Dagegen in his sane, in quibus factum personae, personaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest [47]). Dieſer hier nur für den Erwerb durch Erbſchaftsſclaven aufgeſtellte Grundſatz hat ſelbſtverſtändlich über dieſen hinaus allgemeine Geltung; er beſchränkt daher heute, wo es an ſolchen nothwendigen Stellvertretern fehlt, die Erwerbsfähigkeit der Erbſchaft in noch höherem Grade, wie dies bei den Römern der Fall war. Zu den Erwerbungen, welche nach demſelben für die hereditas iacens unmöglich ſind, gehören vornehmlich einerſeits der Beſitzerwerb und jeder Erwerb von dinglichen Rechten und Obligationen aus erſt abzuſchließenden Verträgen [48]) — denn dazu bedarf es einer Thätigkeit des Vermögensſubjects, alſo eines factum per-

47) l. 61 pr. D. de A. R. D. (41. 1). Statt personaeve substantia leſen alle Handſchriften und übereinſtimmend mit ihnen auch die Baſiliken (L. I. 57) operaeve substantia. Die Texteänderung rechtfertigt ſich aber von ſelbſt aus dem Schluß der Stelle, der ſo lautet: ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen, quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est. § 1. Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. Im erſten Fall wird ein factum personae, im zweiten die substantia personae gefordert, l. 1 § 2 D. quando dies usufr. (7. 3) ... in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit. l. 26 D. de stip. serv. (45. 3).

48) Bei den Römern waren alle dieſe Erwerbungen durch Erbſchaftsſclaven möglich: der Beſitzerwerb und daher auch der Eigenthumserwerb durch Tradition peculii nomine, l. 16 D. de O. et A. (44. 7), l. 29 D. de captiv. (49. 15), l. 1 § 5 D. de acq. poss. (41. 2), l. 44 § 1 D. eod., l. 3 § 12 D. eod., l. 47 D. de usurp. (41. 3), vgl. Jhering, De hereditate possidente p. 36, und der Erwerb von Forderungen aus Stipulationen, pr. I. de stip. serv. (3. 17), l. 33

Wenn hiernach im positiven römischen Recht die Herrenlosigkeit von Rechten als solche noch kein Grund ihres Untergangs ist, ihre Existenz vielmehr auch bei dieser bis zu dem Moment fortdauert, wo es feststeht, daß sie überhaupt kein Subject wieder erhalten können, so darf auch der Begriff des Rechts nicht so definirt werden, daß mit demselben jede subjectlose Existenz von Rechten im Widerspruch steht: denn auch juristische Begriffsbestimmungen müssen das positive Recht zur Grundlage haben und, um auf Wahrheit Anspruch machen zu können, mit diesem in Einklang stehen. Man darf demnach auch nicht sagen: „ein Recht ist eine Macht und existirt deshalb nur dadurch, daß eine Person als Subject desselben anerkannt wird[77])". Als Macht des Subjects stellt sich ein Recht nur bei seiner Ausübung dar, die aus factischen wie aus rechtlichen Gründen suspendirt sein kann, ohne daß dadurch die Existenz des Rechts alterirt wird. An sich ist ein Recht nichts als eine durch Verwirklichung ihrer Voraussetzungen aus ihrer abstracten Allgemeinheit herausgetretene Rechtsvorschrift des Inhalts, daß die Möglichkeit dieser oder jener Handlungen für bestimmte Personen anerkannt und offen gelassen werden soll. Durch Umwandlung der an sich abstracten Rechtsvorschrift in eine concrete wird das Recht ein Recht, und da die Handhabung und Vollziehung dieser concreten Rechtsnorm bestimmten Personen zustehen soll, so ist dies Recht das ihrige[78]). Es existirt demnach zwar die rechtliche Möglichkeit eines bestimmten Handelns, welche den Inhalt eines Rechtes ausmacht, stets um eines Subjectes willen, aber sie existirt nicht wie die factische Möglichkeit,

77) Puchta, Cursus der Institutionen Bd. 2 § 190.

78) Vgl. Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. S. 154. Ihering, Geist d. röm. Rechts Bd. 1 S. 204. Windscheid, Die Actio. S. 234 ff.

gewisse Handlungen vorzunehmen, also wie der Besitz, durch das Subject, sondern lediglich durch das Gesetz; dieses hält sie, indem es ihre dauernde Anerkennung fordert und dadurch Andern die rechtliche Nothwendigkeit auflegt, sie durch widersprechende Handlungen nicht zu negiren, mit deren Fortdauer auch in der Zeit aufrecht, wo die Person, für die sie bestehen soll, noch nicht feststeht.

Angenommen indessen, es träte wirklich, abgesehen von dem einzigen Falle der Erbfolge des heres extraneus, nach römischem Recht überall mit der Subjectlosigkeit von Rechten ihr sofortiger Untergang ein, so wäre auch damit der Grundsatz der heutigen Doctrin noch nicht ohne Weiteres als Regel gegeben, sondern nur in dem Fall, wenn sich die beiden hier zu Grunde liegenden Gedanken so kreuzten, daß der, welcher die subjectlose Existenz von Rechten ausschließt, als ius commune, der, welcher sie zuläßt, als ius singulare erscheinen müßte: denn an sich könnte das Verhältniß nicht blos ein umgekehrtes, sondern auch ein solches sein, bei welchem die Beziehung von Regel und Ausnahme überhaupt nicht Platz greift. Fände aber auch wirklich eine solche Beziehung Statt, müßte also in der That die herrenlose Existenz der Erbschaftsrechte als eine singuläre betrachtet werden, von einem theoretischen Bedürfniß, diese Ausnahme wieder mit der Regel in Einklang zu bringen, könnte niemals die Rede sein, da man das Singuläre nicht durch Fiction dessen, was die Regel fordert, wissenschaftlich begründen und Fictionen überhaupt nicht für wissenschaftliche Gründe ausgeben kann[79]). So wenig die römische

79) Die Fictionen gehören nicht der römischen Rechtswissenschaft, sondern lediglich dem positiven römischen Recht an, d. h. es sind positive Rechtssätze des Inhalts, daß ein Fall dieselbe rechtliche Beurtheilung erfahren soll, wie wenn gewisse in Wahrheit nicht vorhandene Thatsachen vorhanden wären. Solche Rechtssätze können

Jurisprudenz die singuläre Fortdauer der Usucapion nach dem

natürlich auch das Product wissenschaftlicher Thätigkeit sein, und es giebt daher im Sinne von wissenschaftlichen Rechtssätzen auch wissenschaftliche Fictionen — darin stimme ich Unger a. a. O. S. 167 vollkommen bei —, niemals aber haben die römischen Juristen die Fictionen als ein theoretisches Hülfsmittel gebraucht, um Bestimmungen, die mit bestehenden Rechtsprincipien in Widerspruch stehen, mit denselben in Einklang zu bringen, nie und zu keiner Zeit haben sie so argumentirt: weil es ein Rechtsprincip ist, daß Rechte ohne Subject nicht existiren können, nach positivem Recht aber die Erbschaftsrechte bis zum Antritt des Erben ohne Subject fortdauern, so muß in der Zwischenzeit für sie ein Subject fingirt werden, oder: weil die Obligation ein von ihren ursprünglichen Subjecten untrennbares Recht ist, nach positivem Recht aber Forderungen und Schulden beim Tode des Creditors und Debitors forterisiren, so muß auch die Fortdauer ihrer Subjecte fingirt werden. Eine solche Argumentation würde als eine wissenschaftliche Begründung der erwähnten Erscheinungen auf dem Gebiete des positiven Rechts nicht betrachtet werden können und, wenn die römische Jurisprudenz sie gemacht hätte, nur bekunden, daß sie entweder dem positiven Recht gegenüber unwahre Principien und Rechtsbegriffe construirte, oder daß sie es nicht verstand, für singuläre Rechtsverhältnisse die inneren Gründe aufzufinden. Die von mir schon früher aufgestellte Behauptung, daß die römischen Juristen in der That einen derartigen Gebrauch von den Fictionen niemals gemacht haben (vgl. meine Erbschaft S. 8), hat durch Demelius, Die Rechtsfiction S. 80, ihre volle Bestätigung erhalten; vgl. auch dessen Abhandlung über fingirte Persönlichkeit in v. Gerber's und Jhering's Jahrbüchern Bd. 4 S. 113 ff. Sehr richtig bemerkt auch Bekker, Die Geldpapiere, in seinem und Muther's Jahrbuch Bd. 1 S. 305: „Die Kraft juristischer Fictionen ist überall nicht, das, was nicht ist, zum Sein zu bringen, sondern nur Folgen eintreten zu lassen, als ob wäre, was nicht ist, oder, was ist, nicht wäre. So vermag die Fiction auch kein Rechtssubject zu schaffen, wo kein Rechtssubject ist, wohl aber Rechten ohne Subject ihren Bestand zu sichern, als ob sie ein Subject hätten." Aehnlich äußert sich auch Brinz, Lehrbuch d. Pandecten Abth. 2 S. 666: „Angenommen, die Römer hätten ein Subject fingirt, das die hereditas iacens habe, so würde eine solche Fiction noch immer nicht die Bestimmung haben können, das Dasein der hereditas iacens möglich zu machen. Durch Fictionen wird nichts möglich. Was selbst

Tode des Uſucapienten durch einen fingirten Beſitz wiſſenſchaftlich motiviren könnte, ebenſowenig hätte ſie die für ſingulär gehaltene ſelbſtändige Exiſtenz der Erbſchaftsrechte durch ein fingirtes Subject rechtfertigen, und dieſelben demgemäß juriſtiſch als Rechte mit einem ſolchen Subject auffaſſen können. Eine derartige Motivirung und Rechtfertigung würde nicht blos jedes wiſſenſchaftlichen Charakters entbehren, es würde auch die ihr entſprechende juriſtiſche Auffaſſung in ihren Conſequenzen hier wie dort mit dem geltenden Recht in Widerſpruch treten [80]).

---

keine Wirklichkeit hat — wie alles, was fingirt wird — kann nicht als Urſache von dem, was werden und ſein ſoll, gedacht werden."

80) Es genügt, auf die negotiorum gestio bezüglich der Erbſchaft eines Pupillen (Note 35), auf die Bürgſchaft der Wittwe für eine Erbſchaftsſchuld ihres verſtorbenen Ehemannes (Note 46) und auf die Fälle der Note 18 und 20 zu verweiſen. Bei der Annahme, daß der Verſtorbene noch das Subject der Erbſchaftsrechte ſei, hätte die Entſcheidung überall in entgegengeſetzter Weiſe ausfallen müſſen. — Dürfte man mit Huſchke, Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß Bd. 20 S. 201, und Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundſ. des heut. röm. Rechts Bd. 1 S. 506, annehmen, daß nur das vom Verpfänder ſelbſt noch Erworbene Gegenſtand der von ihm beſtellten Generalhypothek (c. 9 C. quae res pign. (8. 17) ſei, nicht auch das z. B. durch Vollendung der Uſucapion zu ſeiner hereditas iacens Hinzugekommene, ſo würde auch daraus folgen, daß die Römer den Verſtorbenen nicht mehr als das Subject derſelben betrachteten. Allein dieſe Anſicht iſt durch Nichts gerechtfertigt. Als Gegenſtand der Generalhypothek muß Alles betrachtet werden, was jemals Beſtandtheil des Vermögens des Verpfänders geworden iſt. Dies beſtimmt ſich nicht darnach, was er ſelbſt noch erworben hat, ſondern es gehört dazu ſowohl das, was die hereditas iacens vermehrt, als auch das, was nach dem Antritt iure hereditario an den Erben gelangt. Denn wenn dies Alles den Gegenſtand der Erbfolge bildet, ſo gehört es auch zu den bona defuncti, und wenn dies, ſo iſt es auch Gegenſtand der Hypothek, welche der Erblaſſer an ſeinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen beſtellt hat. Die l. 29 pr. D. de pignorib. (20. 1) vermag auch nur zu beſtätigen, daß dies als dem Willen des Erblaſſers entſprechend angenommen ward: Paulus respondit: gene-

ein Geldwerth, der, weil der Creditor ihn kraft seines Rechtes darauf als den seinigen (aes suum) fordern darf, nicht mehr als zum Vermögen des Schuldners gehörig[91]), sondern nur als ein fremder (aes alienum) betrachtet werden kann[92]); als solcher steckt er in allen Bestandtheilen des Vermögens, so lange sie dies sind, und mindert daher um seinen Betrag des ganze Vermögen[93]). Wie die Forderung ein Stück des Vermögens des Creditors, so ist also auch die Schuld ein Stück des Vermögens des Debitors.

Hieraus folgt, daß die römischen Juristen die Obligationen ihrem Wesen nach nicht als eine Qualität ihrer Subjecte aufgefaßt haben. Es giebt allerdings Forderungen und Schulden, welche nichts Anderes sind, nämlich die, welche mit ihren Subjecten untergehen, aber dies ist auch gerade der Grund, aus welchem sie überhaupt nicht als Vermögensstücke betrachtet werden[94]). Den Obligationen, welche als solche anerkannt sind, kann demnach nicht auch jene Eigenschaft beigelegt worden sein, und die (wenigstens ursprünglich) nach römischem Recht unmögliche Singularsuccession in Obligationen, auf die man sich dafür gewöhnlich beruft, muß nothwendig andere Gründe gehabt haben[95]). Nur wenn

91) l. 28 D. de neg. gest. (3. 5) . . . quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

92) l. 213 § 1 D. de V. S. (50. 16). Aes alienum est, quod nos aliis debemus, aes suum, quod alii nobis debent.

93) l. 50 § 1 D. de iudic. (5. 1). Tractatum est de aere alieno, si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur, plus esset aeris alieni, an, quasi maior pars alibi esset, praescriptio locum haberet? Sed et hic placuit, nihil facere aeris alieni nomen, cum non loci sit aes alienum, sed universarum facultatum: aes enim alienum patrimonium totum imminuere constat, non certi loci facultates.

94) Vgl. § 1 Note 14 bis 16 und Note 27. 28.

95) Vgl. meine Erbschaft S. 18. Windscheid, Die Actio

man irrthümlich die von dem Schuldner übernommene Handlung als den Gegenſtand der Obligation anſieht, kann man zu einer ſolchen Auffaſſung gelangen. Dieſe Handlung beſtimmt aber in der That einerſeits und zunächſt nur den Modus der Erfüllung, die Art und Weiſe, wie der Debitor den Geldwerth in das Vermögen des Gläubigers bringen ſoll, andererſeits iſt ſie der Maßſtab für die Größe des Geldwerths, wo der verabredete Erfüllungsmodus, ohne den Schuldner zu liberiren, unmöglich geworden iſt. Sie dient alſo mit andern Worten nur dazu, den Gegenſtand der Forderung in das Vermögen des Gläubigers zu bringen, oder ſeinen Umfang zu fixiren, niemals aber kann ſie ſelbſt das Object der Forderung ſein[96]).

Es ſtellt ſich demnach auch das zweite Fundament, auf welches ſich die heutige Theorie der Erbſchaft ſtützt, als ein dem römiſchen Recht fremdes dar.

S. 161. Bähr, Zur Ceſſionslehre in v. Gerber's und Jhering's Jahrbb. Bd. 1 S. 351 § 4. 5.

96) Die herrſchende Lehre über die Natur der Obligation iſt ſchon bekämpft von Brinz, Krit. Blätter Nr. 2, Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuß. Recht, Windſcheid, Kritiſche Ueberſchau I. 1. und Die Actio des röm. Civilr. Dagegen hat Kuntze, Die Obligation u. Singularſucceſſion des röm. u. heut. Rechts, von Neuem dieſelbe in Schutz genommen. Eine Uebereinſtimmung findet auch unter den Juriſten nicht Statt, welche die herrſchende Theorie verwerfen. Die hier aufgeſtellte Anſicht ſteht in der Sache am nächſten der von Delbrück; dieſe hat aber nicht die Quellen des römiſchen Rechts zur Grundlage. Die bisherige römiſchrechtliche Auffaſſung läßt Delbrück unangefochten und ſtellt neben dieſe eine andere aus germaniſcher Rechtspraxis erwachſene. — Schriften aus neuerer Zeit, in denen man eingehendere Unterſuchungen über den Begriff der Obligation erwarten durfte, laſſen denſelben auf ſich beruhen, vgl. z. B. Fitting, Die Natur der Correalobligation S. 26.

Zweites Kapitel.

Von der Delation der Erbschaft.

I. Natur der Delation oder des Erbrechts*).

§ 3.

Eine Erbschaft ist deferirt, wenn der berufene Erbe das Recht erworben hat, sie nach seiner Wahl anzutreten oder zu repudiiren[1]). Die Delation der Erbschaft und die

*) Vgl. Glück, Ausführl. Erläut. d. Pand. Bd. 6 S. 528 ff., Bd. 42 S. 289 u. 414. Hunger, Das röm. Erbrecht § 8. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 159. Meine Erbschaft § 20. Brinz, Lehrb. d. Pand. § 152. § 192. Meine Abhandlung: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses in v. Gerber's und Jhering's Jahrbb. für Dogm. Bd. 5 S. 127—135. Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbr. ebenda Bd. 6 S. 185 ff. Dazu meine „Entgegnung" Bd. 6 S. 307; aus ihr wird es sich rechtfertigen, daß die Ansichten dieses Schriftstellers hier keine Beachtung finden. Fortgesetzt sind diese Erörterungen in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß N. F. Bd. 20 S. 391. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts § 1.

1) l. 151 D. de V. S. (50. 16). Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest. Gaius II. 169... quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Der Ausdruck delatio hereditatis kommt in den Quellen nicht vor, vgl. Brisson. s. v. delatio. Für hereditas defertur findet sich aber auch suc-

Acquisition dieses Wahlrechts sind demnach identische Begriffe. Unsere heutige Jurisprudenz wird dies Recht, da es dem Delaten den Anspruch zu erben giebt, durch den Ausdruck Erbrecht passend bezeichnen[2]), die Römer nennen es, ebenso wie die Erbschaft, hereditas. In diesem Worte ist mit der Bestimmung des Nachlasses für den Erben auch dessen Recht auf Succession in denselben ausgesprochen; deshalb hat es neben seiner objectiven zugleich diese subjective Bedeutung erhalten[3]).

---

cessio defertur, weil dem berufenen Erben mit der Erbschaft die Erbfolge d. i. die Succession in dieselbe angetragen wird, l. 91 D. de R. J. (50. 17), l. 1 § 11 D. ad S. C. Tertull. (38. 17), l. 1 pr. D. de suis et legit. hered. (38. 16).

2) Die herrschende Doctrin versteht unter Erbrecht das Recht aus dem Erwerbe der Erbschaft, das Recht zum Erwerbe derselben nennt sie Erbberechtigung oder ius succedendi, vgl. z. B. Sintenis a. a. O. § 159 und Schirmer a. a. O. § 1. 5. 6. Die Annahme eines solchen doppelten Rechts ist unbegründet; siehe darüber die folgende Note.

3) Die hereditas im subj. Sinne zählt zu den als res incorporales bezeichneten Rechten, denen die Eigenthumsrechte als res corporales gegenüberstehen (vgl. § 2 S. 194), und wird als ius successionis definirt, l. 1 § 1 D. de div. rer. (1. 8). Incorporales sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoque modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Statt ius successionis heißt es in dem sonst gleichlautenden § 2 J. de reb. incorp. (2. 2) ius hereditatis, weil hereditas auch die Bedeutung von Erbfolge hat, analog dem Ausdruck bonorum possessio, der ebenfalls für das prätorische Erbrecht und für die prätorische Erbfolge gebraucht wird, l. 24 D. de V. S. (50. 16), l. 62 D. de R. J. (50. 17). Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit. l. 11 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26. 8). Si ad pupillum ... bonorum possessio per-

Das in der Delation gewährte Erbrecht ſetzt zu ſeiner

---

tineat ... et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris ... spectari debere placuit. l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1). Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum. Es heißt daher ius hereditatis wie ius successionis das Recht zur Erbfolge oder das Erbrecht. Dieſer Sinn wird damit auch in der Paraphraſe des Theophilus verbunden, der den Ausdruck mit folgenden Worten umſchreibt: τὸ δικαῖον τὸ παρέχον μοι παῤῥησίαν, ὥστε ἀθρόως τὴν ἑτέρου λαμβάνειν περιουσίαν, was Reitz ſo überſetzt: ius praebens mihi facultatem, ut alterius patrimonium universaliter acquiram. Arndts, Beiträge S. 17, dem ſich Schirmer a. a. O. S. 8 anſchließt, hält dieſe Ueberſetzung für ungenau, weil zwiſchen dem heute ſ. g. ius succedendi und dem röm. ius successionis oder hereditatis ein Unterſchied ſei. Dies ſoll von dem ius acquisitae, non acquirendae hereditatis zu verſtehen, und von Theophilus ſelbſt auch ſo verſtanden ſein. Er beruft ſich dafür auf die Grundbedeutung des Wortes λαμβάνειν, in der es ergreifen, erfaſſen heißt. Dieſer gemäß ſoll es in den obigen Worten das factiſche Anſichnehmen der Erbſchaftsſachen, die Verfügung über dieſelben ausdrücken, wozu ſchon die acquisitio hereditatis vorausgeſetzt werde. Arndts überſieht, daß das Wort ἀθρόως die Möglichkeit ausſchließt, dem Worte λαμβάνειν hier dieſe Bedeutung zu geben. In der That iſt die als ius successionis definirte hereditas mit dem durch die Delation begründeten ſ. g. ius succedendi identiſch. Die Acquiſition der Erbſchaft erzeugt kein ius successionis, ſondern iſt die Succeſſion auf Grund deſſelben; das ius, welches dieſe Succeſſion, alſo die Erbfolge dem Erben gewährt, beſteht iure civili wie iure praetorio nur in dem Rechte, ſich in den Erbſchaftsrechten, als von ihm erworbenen, durch Klage und Einrede ſchützen zu können, l. 3 § 2 D. de B. P. (37. 1). Bonorum igitur possessionem (scil. agnitam) ita recte definiemus: ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque, quum moritur, fuit. Statt mit dem Erwerb der Erbſchaft durch den Antritt zu entſtehen, geht die hereditas oder das ius successionis als ſolches vielmehr mit ihm unter und wird jetzt der Rechtsgrund, alſo die causa oder der Titel, aus welchem der Erbe in die einzelnen Erbſchaftsrechte an Stelle des Verſtorbenen eingetreten iſt, l. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43. 19) ... in cuius locum he-

Exiſtenz das Daſein ſeines Gegenſtandes, alſo eine Erbſchaft[4]) voraus, an welcher[5]), und die Berufung eines Erben, dem es zuſtehen, oder dem es, falls er beim Tode des Erblaſſers noch in ventre iſt, auf die Zeit ſeiner Geburt reſervirt werden kann[6]). Ein ſolcher Erbe iſt nur der heres extra-

---

reditate vel emtione aliove quo iure successi. Wo in den Quellen des Erbrechts als eines Erwerbstitels gedacht wird, pflegt daſſelbe indeſſen regelmäßig nicht, wie es in der citirten Stelle geſchieht, durch hereditas, ſondern durch causa hereditaria, ius hereditarium oder titulus hereditarius bezeichnet zu werden, l. 7 pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3), l. 49 D. mand. v. contr. (17. 1), c. 1 C. si quis ignor. (5. 73). Es giebt alſo hiernach kein von der Erbberechtigung verſchiedenes Erbrecht und deshalb kein Erbrecht, welches mit der Acquiſition der Erbſchaft erworben wird, wie die herrſchende Doctrin lehrt, ſondern nur ein Erbrecht, welches mit der Delation der Erbſchaft erworben wird (Note 2). — Manche Juriſten, z. B. Brinz a. a. O. § 152 und Schirmer a. a. O. S. 8, finden eine Definition der hereditas im ſubj. S. auch in l. 208 D. de V. S. (50. 16). Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis, et non singulares res demonstrat. Bei dem Gegenſatze non singulares res kann aber doch wohl der Ausdruck hereditas nur von der Erbſchaft und daher das ius successionis nur als gleichbedeutend mit ius universum successionis, i. e. quod per successionem obtinetur, verſtanden werden, vgl. Cuiac. Tract. IV. ad Afric. Tom. I. fol. 1159. Donellus, Comm. iur. civ. lib. VI. cap. II. § 2 seqq.

4) l. 27 D. de A. v. O. H. (29. 2). Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait. l. 1 D. de H. v. A. V. (18. 4).

5) l. 42 § 1 D. de bon. libert. (38. 2) ... intestati iure deferri bona. l. 1 pr. D. de libert. universit. (38. 3). . . . ius in bonis . . defertur. l. 2 D. de castr. pec. (49. 17). . . . bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur.

6) l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). . . . portis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus, et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. l. 6 D. de suis et legit. hered. (38. 16) . . . lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum

neus[7]). Bei einem heres suus kann, weil er ohne Antritt ipso iure die Erbſchaft erwirbt[8]), von einer Delation derſelben[9]) und damit von einem Erbrecht niemals die Rede ſein[10]), auch dann nicht, wenn er als teſtamentariſcher Erbe unter der Bedingung si volet inſtituirt iſt[11]). Durch eine conditio wird ſtets nur der ohne ſie ſofort eintretende Erwerb ſuspendirt, nicht aber gleichzeitig bis zu ihrer Erfüllung ein anderer Erwerb begründet. Die Bedingung si volet ſchiebt daher für den suus lediglich die Acquiſition der Erbſchaft hinaus, ſie giebt ihm aber nicht inzwiſchen ein ius successionis oder Erbrecht. Es wird hier zwar der suus, wie der heres extraneus, nur mit ſeinem Willen Erbe[12]), aber dieſer Wille hat nicht bei beiden dieſelbe

---

natura fuerit; l. 7 eod. vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. l. 3. 4 D. si pars hered. pet. (5. 4), l. 1 § 8 D. unde cogn. (38. 8), l. 3 § 9—11 D. de suis et legit. hered. (38. 16), l. 1 § 11 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). Ueber die Bedeutung des herkömmlichen Satzes: nasciturus pro iam nato habetur vgl. § 2 Note 2 und meine Erbſchaft S. 46.

7) § 5 J. de hered. qual. (2. 19). Extraneis heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda.

8) l. 14 D. de suis et legit. hered. (38. 16). In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt. § 2 J. de hered. quae ab int. defer. (3. 1). Ulpian. fragm. XXII. 24.

9) Der Ausdruck hereditas delata kommt zwar auch beim heres suus vor, z. B. in c. 8 C. de iur. delib. (6. 30), aber nicht in ſeiner techniſchen Bedeutung, ſondern identiſch mit hereditas acquisita. Deferre im Sinne von acquirere findet ſich auch ſonſt in den Quellen, vgl. l. 37 D. de contr. emt. (18. 1).

10) Auch das beneficium abstinendi ſtellt ſelbſtverſtändlich den heres suus nur im letzten Reſultat dem heres extraneus gleich, l. 89 D. de legat. (30), l. 7 pr. D. de iure delib. (28. 8), Gaius II. 158. Vgl. Einleitung S. 10.

11) Vgl. l. 4, l. 86 D. de hered. inst. (28. 5).

12) l. 12 D. de cond. instit. (28. 7). Verba haec: Publius

rechtliche Qualität: eine Ausübung des Erbrechts durch den Antritt enthält er nur bei dieſem, bei jenem dagegen iſt er blos die Erfüllung einer Poteſtativbedingung. Die praktiſche Bedeutung dieſes Unterſchiedes zeigt ſich vor Allem darin, daß, während den Antritt nur ein dispoſitionsfähiger Erbe zu erklären vermag[13]), die Poteſtativbedingung ſchon von einem willensfähigen suus erfüllt werden kann. Denn die Exiſtenz der conditio zieht ihm keinen Nachtheil zu, da ſie blos denjenigen Rechtszuſtand herbeiführt, der an ſich ſofort beim Tode des Erblaſſers eintreten würde: die iure potestatis bewirkte Acquiſition der Erbſchaft mit dem Recht zu abſtiniren[14]). Der Verluſt des beneficium abstinendi ver-

---

Maevius, si volet, heres esto, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Die Einſetzung eines heres extraneus wird natürlich durch den Zuſatz si volet keine bedingte, l. 12 cit. Nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

13) l. 8, l. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2).

14) l. 5 D. de cond. et demonstr. (35. 1). Conditionibus pupillus et sine tutoris auctoritate parere potest, nec quem moveri, quod expleta conditione necessarius heres aliquando esse potest: nam hoc iure potestatis fieri, non conditionis expletae. l. 11 D. de A. v. O. H. (29. 2). Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas sit, puberibus autem ita, si se non immiscuerint. l. 12, l. 57 D. eod. Wie der unmündige suus, ſo kann auch der unmündige extraneus, dem eine Erbſchaft sub conditione potestativa zugewandt iſt, die Bedingung ohne auctoritas tutoris erfüllen, weil damit nur die Delation, nicht die Acquiſition des Nachlaſſes eintritt, alſo dieſe Handlung auch ihn nicht in Schaden bringen kann, l. 26 D. de cond. inst. (28. 7). Si pupillus sub conditione heres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere potest. Idemque est, et si legatum ei sub conditione relictum fuerit, quia conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit. Es findet hier ein analoges Verhältniß Statt, wie wenn ein Sclave oder Hausſohn unter einer Poteſtativbedingung als Erbe inſtituirt war; die Erbſchaft antreten konnten beide nur iussu patris vel domini, l. 6

bindet sich mit der Erfüllung der Potestativbedingung nur, wenn der suus dispositionsfähig ist[15]). Hier, wo er auch

---

pr., l. 7. pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), zur Erfüllung der conditio aber bedurften sie desselben nicht, weil die dadurch bewirkte bloße Delation für den Gewalthaber ohne Nachtheil war, l. 5 § 1 D. de cond. et demonstr. (35. 1). Item servus vel filiusfamilias sine iussu patris vel domini conditionem implere possunt, quia eo facto nemo fraudatur. Wie in diesem Fall, so ist auch bei jedem unter einer Potestativbedingung eingesetzten heres extraneus nach Erfüllung dieser zum Erwerb der Erbschaft noch eine weitere Willenserklärung, die Agnition, erforderlich; jene involvirt nicht schon ohne Weiteres diese und schließt daher auch die Repudiation nicht aus, l. 13 D. de cond. inst. (28. 7). Ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet. l. 1 § 1 D. de cond. causa dat. c. n. s. (12. 4). Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere. Ebenso verhält es sich nun auch bei dem sub conditione potestativa eingesetzten suus: die Erfüllung der Bedingung und die Immixtion, mit der das beneficium abstinendi untergeht, sind zwei Willensacte. Von ihnen fordert der erste blos Willensfähigkeit, der zweite aber die Fähigkeit, sich zu verpflichten. Damit jener zugleich diesen in sich schließen kann, muß daher, wie dies im Text ausgeführt ist, der Handelnde dispositionsfähig sein.

15) l. 86 pr. D. de hered. inst. (28. 5). Iam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent, si heredes non essent, alium, quem visum erit, iis substitutere . . . § 1. Non ab re autem hoc loco velut excessus hic subiungetur, suis ita heredibus institutis, si voluerint heredes esse, non permittendum amplius abstinere se hereditate, quum ea conditione instituti iam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterunt; sed et ceteris conditionibus, quae in ipsorum sunt potestate si sui pareant, ius abstinendi assequi non debent. Beim dispositionsfähigen suus, wie ihn diese Stelle selbstverständlich voraussetzt, enthält aus den nach ihr im Text entwickelten Gründen die Erfüllung der Potestativbedingung stets

den zur Deficienz der conditio erforderlichen Willen, die Erbſchaft nicht zu erwerben, faſſen kann[16]), iſt ſeine Lage factiſch der eines freiwilligen Erben völlig gleich. Es rechtfertigt ſich daher, daß er, wie dieſer, nur einmal wählen kann, ob er die Erbſchaft haben will oder nicht, und daß demgemäß der Willensact, welcher die conditio erfüllt, zugleich als eine pro herede gestio betrachtet wird, die das beneficium abstinendi ausſchließt[17]).

Die dem Vermögen des Einzelnen innewohnende ſittliche Beſtimmung für ſeine überlebenden natürlichen oder durch

---

auch die zur Immixtion erforderliche pro herede gestio. Beim dispoſitionsfähigen extraneus dagegen, der nicht ſchon durch die Aufſtellung, ſondern erſt durch die Erfüllung der Poteſtativbedingung in die Lage eines freiwilligen Erben kommt (Note 14), begreift dieſe demgemäß auch den zum Antritt erforderlichen Willen nur dann, wenn er denſelben mit ihr zugleich zu erklären beabſichtigte, l. 62 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Antistius Labeo ait, si ita institutus sit: si iuraverit, heres esto, quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit. Quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur, ego puto, satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit. Proculus idem, eoque iure utimur. l. 20 pr. D. eod. In unſeren Ausgaben des Corpus iuris werden in der l. 62 cit. die Worte Quia iurando — videatur zu dem erſten Satze gezogen; daß dies unzuläſſig iſt, wird keiner weiteren Ausführung bedürfen. Das Verhältniß der Stelle zu l. 8 D. de cond. inst. (28. 7) und l. 20, l. 26 pr. D. de cond. et dem. (35. 1) kommt hier nicht in Betracht.

16) Der noch dispoſitionsunfähige suus kann dieſen Willen nicht erklären, weil ſich damit, wenn gleich keine Veräußerung eines Rechts, doch eine Verſchlechterung ſeiner Lage verbinden würde, da er die Möglichkeit, einen Erwerb zu machen, aufgiebt, pr. J. de auct. tut. (1. 21), l. 189 D. de R. J. (50. 17).

17) l. 87 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Eum bonis patris se miscere convenit, qui remoto familiae vinculo pro herede gerere videretur. l. 57 D. eod.

Teſtament künſtlich geſchaffenen Familienglieder[18]) realiſirt ſich alſo in iure nach Verſchiedenheit derſelben auf doppelte Weiſe: bei den extranei des Erblaſſers verwirklicht ſie ſich in der Delation oder dem Erbrecht, ſeinen sui gegenüber aber in der Acquiſition des Nachlaſſes[19]). Wie dieſe die Erbſchaft, ſo erwerben die extranei das Erbrecht ipso iure. Dort iſt demnach der Erwerb ſofort eine Succeſſion, hier iſt er zunächſt ein originärer, welcher die Succeſſion blos ermöglichen ſoll. Und demgemäß iſt auch der Rechtsgrund, alſo der Titel für die Erbfolge des suus und des extraneus heres ein verſchiedener; bei jenem iſt der Titel das ius potestatis, bei dieſem das ius hereditarium[20]).

Der Begriff des Erbrechts ſtellt ſich hiernach dahin feſt: es iſt das dem freiwilligen Erben mit dem Tode des Erblaſſers oder, bei bedingter Berufung, mit dem Eintritt der conditio[21]) originär und ipso iure zufallende Recht am Nachlaß auf Succeſſion in alle ſeine Beſtandtheile[22]).

Aus dem Inhalte, welchen das Erbrecht dieſem ſeinem Begriffe nach hat, ergiebt ſich, daß es kein Vermögensrecht iſt, ungeachtet die bona des Erblaſſers ſeinen Gegenſtand bilden: denn es wird durch daſſelbe nur eine facultas acquirendi verliehen, Vermögen ſelbſt alſo noch nicht er-

---

18) Vgl. Einleitung S. 1, S. 10 ff.

19) Vgl. Einleitung S. 4, S. 8, S. 151.

20) Vgl. Note 3 und Note 14.

21) l. 13 pr. § 2, l. 69, l. 70 D. de A. v. O. H. (29. 2). c. 1, c. 2, c. 7 C. de inst. v. subst. (6. 25).

22) l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, quum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. l. 6 § 6 D. de his qui not. inf. (3. 2) . . . quia heres . . succedit . . . in aes alienum defuncti. § 4 J. de V. O. (3. 15). l. 62 D. de R. J. (50. 17).

worden[23]). Daher entzieht ſich das Erbrecht nothwendig allen Rechten, welche Dritten am Vermögen des Delaten zuſtehen, und überhaupt allen Vorſchriften, welche nur das Vermögen betreffen; jene können daſſelbe niemals ergreifen, dieſe darauf keine Anwendung finden.

Was zunächſt die Rechte am Vermögen des Delaten betrifft, ſo haben alſo namentlich ſeine Gläubiger in ſeinem Erbrechte kein Befriedigungsobject; ſie können ihn im Fall der Inſolvenz weder zum Antritt zwingen[24]), noch ſeine Repudiation als eine alienatio in fraudem creditorum anfechten[25]). Denn die Repudiation des Delaten, obwohl ſie den Untergang des Erbrechts herbeiführt, bewirkt demungeachtet keine Minderung ſeines Vermögens, ohne welche er ſich gegen ſeine Gläubiger überhaupt keiner Rechtsverletzung, insbeſondere auch keines dolus, wie ihn die actio Pauliana

---

23) c. 8 C. comm. de succ. (6. 59). Antequam scriptus ... repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat ... l. 63 pr. D. ad leg. Falc. (35. 2). ... est enim absurdum, ipsum me heredem institutum non esse locupletiorem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiorem effectum, quum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat; acquirit nobis certe, quum adierit, esse autem praeposterum, ante nos locupletes dici, quam acquisierimus. Schirmer a. a. O. S. 1 Note 1a will das Erbrecht zu den Vermögensrechten gezählt wiſſen, ohne ſich, wie es ſcheint, die Conſequenzen vergegenwärtigt zu haben.

24) l. 67 § 1 D. ad S. C. Treb. (36. 1) ... quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali commodo fraudare; et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te, ut adires, non potuerint.

25) l. 28. pr. D. de V. S. (50. 16). ... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit.

fordert, schuldig machen kann[26]), weil der dolus neben der betrügerischen Absicht auch einen betrügerischen Erfolg zur Voraussetzung hat[27]). Eine vermögensrechtliche Herrschaft, dominium, iura in re oder actiones[28]), gewährt dem Erben erst die wirkliche Succession in den Nachlaß; daher ist auch eine alienatio in fraudem creditorum erst nach seinem Antritte möglich[29]). Wie mit dem Rechte der Gläubiger, verhält es sich mit allen andern Rechten am Vermögen des Delaten. Es giebt also z. B. auch die allgemeine Gütergemeinschaft dem Ehemann keinen Anspruch auf die seiner Ehefrau erst deferirte Erbschaft, und ebenso-

---

26) l. 6 § 2 D. quae in fraud. credit. (42. 8). Proinde et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit. l. 134 pr. D. de R. J. (50. 17). Non fraudantur creditores, quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur.

27) l. 10 § 1 D. quae in fraud. credit. (42. 8). Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit. l. 79 D. de R. J. (50. 17).

28) l. 49 D. de V. S. (50. 16).

29) c. 1 C. de revoc. his, quae in fraud. credit. alien. (7. 75). Si heres post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit, . . . ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis. Vgl. Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 Nr. XLIII: Gutachten über die Frage, ob ein in Concurs gerathener Schuldner eine ihm während desselben angefallene Erbschaft zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen befugt sei? Hier wird diese Frage mit Recht bejaht, während manche heutige Juristen fälschlich dem Concurscurator das Recht beilegen wollen, die dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft anzutreten, Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. 2. 1 S. 735.

wenig die dos, welche das gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau begreift[30]).

Aus demselben Grunde, aus welchem das Erbrecht niemals zum Gegenstande dieser Rechte gehört, kann es auch niemals einer Rechtsvorschrift unterworfen sein, welche ausschließlich für das Vermögensrecht aufgestellt ist. Es dürfen auf dasselbe vielmehr nur solche Normen zur Anwendung kommen, welche eine über das Gebiet des Vermögens hinausreichende Geltung haben. Deshalb hindert z. B. das Verbot der donatio inter virum et uxorem nicht, daß ein Ehegatte sein Erbrecht zu Gunsten des andern durch Repudiation aufgiebt, weil die Schenkung eine Disposition über Vermögensrechte fordert[31]). Dagegen kann z. B. die einem Pupillen deferirte Erbschaft nicht von diesem allein[32]), und auch auctore tutore nur auf Grund eines Alienationsdecrets ausgeschlagen werden. Denn den Unmündigen ist die Verfügung über alle, nicht blos über ihre Vermögensrechte, sowie überhaupt die Hand-

30) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 309: Kann bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann von Seiten der Ehefrau die Antretung einer ihr angefallenen Erbschaft erzwingen?

31) l. 5 § 13 D. de don. int. vir. et uxor. (24. 1). Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit libro septimo decimo Digestorum, donationem valere: neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. l. 31 § 7 D. eod., l. 3 D. pro donat. (41. 6). Aus demselben Grunde, aus welchem hier keine wahre donatio vorliegt, bestellt der Vater, welcher dotis constituendae causa eine Erbschaft repudiirt, keine dos profectitia, l. 5 § 5 D. de iure dot. (23. 3). ... non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit.

32) l. 11 D. de auct. et cons. tutor. et curat. (26. 8). c. 5 C. de rep. v. abst. heredit. (6. 31).

lungsfähigkeit soweit entzogen, als sie ihnen nachtheilig werden kann[33]); und ihr Vormund bedarf nach den im Anschluß an die oratio Severi getroffenen Bestimmungen der obrigkeitlichen Ermächtigung ebenfalls nicht blos bei Vermögensveräußerungen, sondern überall, wo er Rechte des Pupillen aufgeben will[34]).

Eine deferirte Erbschaft ist also noch ebenso wie eine

---

33) pr. § 1 J. de auct. tutor. (1. 21).

34) l. 5 § 8 D. de reb. eor. qui sub tutel. (27. 9). Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli, nemo dubitat. Das Vermächtnißrecht, von dem diese Stelle spricht, hat in der That dieselbe Natur wie das Erbrecht: es ist auch kein Vermögensrecht, sondern gewährt ebenfalls nur eine facultas acquirendi, die erst mit der Agnition des Vermächtnisses zu einer Vermögensacquisition führt, vgl. die Note 52. Nichtsdestoweniger enthält sein Untergang durch Repudiation im Sinne der für die Vormünder eingeführten Veräußerungsverbote eine alienatio, zu der es eines Decrets des Prätors bedarf. Regelmäßig bezeichnet das Wort alienatio nur die Veräußerung von Vermögensrechten, l. 28 pr. D. de V. S. (50. 16), Brisson. s. v. alienatio, hier aber ist es zum Besten des Mündels im weitesten Sinne genommen, so daß es die Veräußerung jeder res pupilli begreift d. h. jedes Rechts desselben, es mag zum Vermögen gehören oder nicht, l. 5 pr. D. de V. S. (50. 16). Rei appellatio latior est, quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet. Vgl. Puchta, Pand. und Vorl. § 351. Bei der gleichen Natur des Vermächtnißrechts und des Erbrechts kann der Vormund wie dort so auch hier ohne Alienationsdecret nicht repudiiren. Der herrschenden Doctrin und Praxis, welche dasselbe beim Erbrecht nicht für erforderlich hält, liegt der doppelte Irrthum zu Grunde, daß das röm. Recht die Veräußerungsbefugniß des Vormunds nur hinsichtlich der Vermögensrechte des Pupillen beschränkte, und daß das Vermächtnißrecht zu diesen zu rechnen sei, Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 2 S. 401, S. 410. Seuffert, Archiv Bd. 13 Nr. 100.

nicht deferirte nullius in bonis[35]). Sie ist zwar Gegenstand der Berechtigung, aber diese Berechtigung ist ihres Inhalts wegen keine vermögensrechtliche, sie hat vielmehr ihrem Ursprunge gemäß familienrechtliche Natur.

Der familienrechtliche Charakter des Erbrechts zeigt sich zuvörderst darin, daß dasselbe principiell zu seiner Entstehung ein natürliches oder durch Testament künstlich geschaffenes Familienverhältniß zum Erblasser voraussetzt[36]), und daß es beim Tode des Delaten nicht dessen Vermögen, sondern entweder auf dem Wege der Accrescenz den mit ihm, oder auf dem Wege der successiven Delation den nach ihm berufenen Familiengliedern des Erblassers folgt[37]). Er zeigt sich ferner in der Art und Weise, in welcher das Erbrecht allein einer Verletzung zugänglich ist. Vermögensrechte werden verletzt durch Entziehung oder Störung ihrer Ausübung; beim Erbrecht, wo die Ausübung lediglich in einer Willenserklärung besteht[38]), ist eine totale oder partielle

35) l. 1 pr. D. de divis. rer. (1. 8) ... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

36) Dies bestätigen die Grundsätze über die Erbfähigkeit, die nicht blos das commercium, sondern auch das connubium zur Voraussetzung hatte, Cicero, pro Caecina c. 35 § 102. Das Nähere hierüber siehe unten § 5. Vgl. auch Einl. S. 13, 14.

37) § 9 J. de B. P. (3. 9). § 7 J. de hered. inst. (2. 14). l. 42 D. de vulg. subst. (28. 6).

38) Gaius II. 169 ... sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Vgl. Note 1. Wenn im Anschluß an Puchta, Vorles. § 448—450 auch Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen S. 5 behauptet, daß die Delation dem berufenen Erben überhaupt kein Recht in Beziehung auf die Erbschaft verleihe, da die Möglichkeit der Erklärung, Erbe sein zu wollen, ein bloßer Ausfluß der natürlichen Freiheit des Menschen sei, so widerlegt sich dies schon durch sein eigenes Zugeständniß, daß der Antritt Unberufener wirkungslos bleibe. Und wenn er für seine Ansicht weiter anführt, daß

Entziehung derselben überhaupt nicht denkbar, sondern eine Verletzung des Delaten als solchen, abgesehen also von den durch widerrechtliche Einwirkung auf seinen Willen möglichen Delicten[39]), nur wie in einem Familienverhältniß durch Bestreitung seines Rechtes möglich. Daß der Erbe dieserhalb die hereditatis petitio nicht vor dem Antritte anstellen kann[40]), hat lediglich darin seinen Grund, weil für ihn die Bestreitung seines Erbrechts erst von praktischer Bedeutung wird, wenn ihm zugleich die Acquisition der Erbschaft in Abrede gestellt werden soll, d. h. wenn es sich gleichzeitig um eine auf das Erbrecht gestützte Verfolgung erbschaftlicher Rechte handelt[41]).

Endlich steht auch der Inhalt des Erbrechts mit seinem familienrechtlichen Charakter in Einklang. Das Familienverhältniß giebt auch sonst überall Anrechte auf vermögensrechtliche Erwerbungen, weil das Vermögen des Einzelnen schon bei seinen Lebzeiten die Natur eines Familienvermögens hat[42]). Allerdings begreifen die Rechte, welche Eltern und Kindern, und welche Ehegatten gegen einander zustehen, nicht blos Ansprüche von vermögensrechtlicher Beziehung, wie sie namentlich das Alimentations- und Dotationsrecht

---

ein Eingriff in dieses Recht absolut undenkbar sei, so ergiebt sich aus der weiteren Darstellung im Text das Gegentheil.

39) l. 21 § 5, 6 D. quod met. caus. (4. 2). l. 40 D. de dolo malo (4. 3). Vgl. § 1 Note 51.

40) Daß das Recht, welches mit dieser Klage verfolgt wird, schon dem Delaten zusteht und auch mit demselben Namen wie die Klage bezeichnet wird, bestätigt Paulus, R. S. I. 13 § 10. Petitio hereditatis, cuius defunctus litem erat non contestatus, ad heredem non transmittitur. Es liegt auf der Hand, daß hier wie in c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51) die Unvererblichkeit der Delation ausgesprochen werden soll.

41) l. 18 § 2, l. 19 D. de H. P. (5. 3). Vgl. § 2 Note 27.

42) Vgl. Einleitung S. 1.

und der ususfructus paternus einräumt, sondern sie erstrecken sich daneben auf die Personen. Allein hier handelt es sich auch um die rechtlichen Wirkungen eines bestehenden Familienverhältnisses, beim Erbrechte dagegen um die Folgen seiner Auflösung für die überlebenden Familienglieder. Wo die Person durch den Tod aus dem Familienbande geschieden ist, da kann natürlich nicht mehr sie selbst der Gegenstand familienrechtlicher Ansprüche sein. Indessen ist dies doch in der That auch nicht blos ihr hinterlassenes Vermögen. Nur für das Successionsrecht des Fiscus bilden die bona des Erblassers das ausschließliche Object[43]), das Erbrecht befähigt zugleich zum Erwerb von Rechten, die keine Bereicherung bezwecken. Zu diesen zählen namentlich die iura sepulcrorum und das Recht, die Ehre des Erblassers zu schützen. Da die Erben unter allen Personen mit dem Erblasser am innigsten, also wie nächste Familienglieder verbunden sind[44]), so müssen ihnen neben dem Vermögen auch diejenigen Rechte deferirt werden, welche den nächsten Angehörigen als solchen zukommen, und zwar so, daß in den Begräbnißrechten diese mit den Erben concurriren[45]), Ehrenkränkungen des Verstorbenen aber blos die letzteren verfolgen können; bei der den Erben allein zustehenden sonstigen Vertretung des Erblassers kann auch dessen Ehre nur unter ihren Schutz gestellt und somit durch

43) Vgl. § 2 S. 234.

44) Cicero, de legib. II. 19. Nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigraverit, propius accedat. Wegen dieser Stellung der Erben sind sie auch die zur Uebernahme der sacra Nächstverpflichteten, deren Fortsetzung Cicero kurz zuvor als eine familienrechtliche Verbindlichkeit bezeichnet: De sacris autem ... haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra.

45) Vgl. hierüber § 1 S. 197 ff.

eine Verletzung derſelben nur ihnen mittelbar eine Injurie zugefügt werden[46]).

Wenn hiernach das Erbrecht nach allen Seiten hin diejenigen Anſprüche gewährt, welche, wo ſich das Familienverhältniß einer Perſon durch ihren Tod auflöſt, die ſittliche Natur dieſes Verhältniſſes für die nächſten Hinterbliebenen fordert, ſo trägt es, wie hinſichtlich der Vorausſetzungen ſeiner Entſtehung und der Art ſeiner Verletzung, auch hinſichtlich ſeines Inhalts die weſentlichen Merkmale der Familienrechte an ſich. Es muß deshalb dieſen zugezählt werden, ungeachtet es die Perſon des Erblaſſers nicht zum Gegenſtande haben kann. Nicht das Object entſcheidet darüber, ob ein Recht ein Familienrecht iſt[47]) — dies kann bei gleichartigen Rechten ein verſchiedenes und bei den ungleichartigſten daſſelbe ſein —, es ſind vielmehr alle Rechte und ebenſo alle Verbindlichkeiten familienrechtlicher Natur, welche unmittelbar aus der Familienſtellung und dem officium pietatis gegen die Familienglieder entſpringen und zum Vermögen ihres Inhabers nicht gehören, mögen ſie ein Abhängigkeits-

---

46) Wie die Kinder und die Ehefrau in dem Vater und Ehemann ihre natürlichen Beſchützer haben und deshalb Beleidigungen gegen jene auch dieſe treffen, § 2 J. de iniur. (4. 4), ſo ſteht die Ehre des Erblaſſers unter dem Schutz ſeines Erben, und wer jene angreift, injuriirt daher auch dieſen, l. 1 § 3 D. de iniur. (47. 10). Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria, aut per alias personas; . . . per alias, quum per consequentias fit, quum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori nuruive; spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint. § 4. Et si forte cadaveri defuncti fit iniuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, iniuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat iniuria. l. 1 § 6 D. eod. Vgl. § 2 S. 232 ff.

47) Vgl. § 1 Note 7.

verhältniß von Perſonen[48]), oder eine facultas acquirendi[49]),

---

48) Um ein ſolches Abhängigkeitsverhältniß handelt es ſich bei der väterlichen Gewalt und beim elterlichen und ehelichen Recht. Da dieſe Rechte in der Familienſtellung ihren Grund haben, ſo iſt auch für ihre Ausübung das Gebot der Familienliebe maßgebend, l. 5 D. de leg. Pomp. de parr. (48. 9) . . . patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. l. 10 D. de obsequiis parentib. et patr. praest. (37. 15) . . . pietatem liberi parentibus, non operas debent. l. 14 in f. D. sol. matr. (24. 3).

49) Hierher zählt zuvörderſt das Erbrecht, vgl. Einleitung S. 2, S. 11, S. 96 ff. Ferner gehören hierher die Alimentations- und Dotationsverbindlichkeit. Auch ſie ſind, wie das Erbrecht, ein Ausfluß des Familienbandes, c. 8 § 4 C. de bon. quae liber. (6. 61) . . . filios vel filias et deinceps alere patri necesse est . . . propter ipsam naturam. l. 5 § 2 D. de agn. et al. lib. (25. 3) . . . quum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis. l. 5 § 16, 17 D. eod. — c. 7 C. de dot. prom. (5. 11) . . . paternum esse officium, dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie. l. 6 D. de collat. (37. 6). Seneca, de benef. III. 18. Officium esse filii, uxoris et aliarum personarum, quas necessitudo suscitat et ferre opem iubet. Demgemäß giebt auch der Anſpruch auf Alimentation und Dotation dem Berechtigten nur eine facultas acquirendi wie das Erbrecht; bis er von dieſer Gebrauch macht, kann daher bei dem Verpflichteten nur von einem officium geſprochen werden, vgl. § 1 Note 7. Wie in den genannten Fällen, ſo verknüpfen ſich überall mit dem Familienverhältniß nur Vermögensdelationen, nicht Vermögensacquiſitionen. So namentlich auch beim ususfructus paternus und bei dem praemium emancipationis: beide werden dem Vater ipso iure deferirt, aber erſt durch Aquition von ihm acquirirt, c. 1 C. de bon. mat. (6. 60). Res, quae ex matris successione . . . fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fruendi duntaxat habeant facultatem . . . Parentes autem, penes quos . . . utendi fruendique tantum potestas est. c. 2 C. de bon. quae lib. in pot. (6. 61) . . . parente pro emancipationis beneficio, si voluerit, sicut in maternis rebus . . . praemium habituro.

oder rein ſittlichen Zwecken dienende Anſprüche[50]) begründen.

Dem Erbrechte ſtehen alle übrigen Rechte, welche auf Grund einer Berufung zum Nachlaſſe erworben werden, darin gleich, daß auch ſie ſämmtlich nur eine facultas acquirendi verleihen. Sie gehören daher ebenfalls nicht zum Vermögen des Berechtigten. So wird namentlich auch durch das Recht auf ein Vermächtniß, ferner durch das Recht des arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii und das ihm nachgebildete Recht der armen Wittwe[51]), ſowie durch das Recht auf die Quarta Falcidia und Trebelliana ein Vermögenserwerb blos deferirt, nicht ſchon gemacht[52]).

---

50) Zu den zahlreichen Anſprüchen dieſer Art (vgl. Puchta, Pand. § 412, § 431) gehören namentlich auch das oben erwähnte Recht der Erben, die Ehre des Erblaſſers zu ſchützen, und das ius sepulcrorum. Auf den familienrechtlichen Charakter des letzteren iſt ſchon früher hingewieſen worden, vgl. § 1 S. 172 u. S. 196 ff. Beſtätigt wird derſelbe auch noch durch eine Stelle im Brachylog. iur. civil. lib. II tit. 1 § 8. Licet autem religiosus locus divini iuris sit, ius tamen inferendi humani iuris est, quod etiam ad heredem transmitti potest; inter vivos tamen alienari non potest, nisi sit tantum familiae; tunc enim extra familiam alienari non potest.

51) Ueber dieſe Nachbildung und die Natur der beiden Rechte vgl. Einleitung S. 133 ff.

52) Daß auch ein Vermächtniß dem Honorirten mit dem dies cedens blos deferirt wird, und daher dieſer zunächſt ebenfalls nur das Wahlrecht erhält, das Vermächtniß anzunehmen oder auszuſchlagen, wird durch mehr als eine Stelle beſtätigt, l. 15 D. de reb. dub. (34. 5) . . . deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. l. 2 D. de manum. (40. 1). l. 59 D. de legat. (30). l. 13 D. de condit. inst. (28. 7). l. 3 D. de servit. leg. (33. 3). Gegen die herrſchende Anſicht, nach welcher mit dem dies cedens ſchon der

Deshalb entziehen ſich auch dieſe Rechte jedem Anſpruch, den Dritte am Vermögen des Berechtigten haben[53]); und alle Rechtsvorſchriften, welche nur Vermögensrechte betreffen, können auch auf ſie nicht zur Anwendung kommen[54]).

---

vermögensrechtliche Erwerb aus dem Vermächtniß erfolgen ſoll, vgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 184 ff. Wie mit dem gewöhnlichen Vermächtniß, ſo verhält es ſich auch mit dem geſetzlichen Vermächtniß des arrogatus impubes und der armen Wittwe, l. 2 § 1 D. fam. herc. (10. 2). Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur. Nov. 53 c. 6 pr. . . . uxorem eum filiis vocari. Vgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 219 Note 220. Daß endlich auch das Recht auf die Quarta Falcidia und Trebelliana nur eine Vermögensdelation enthält, ergiebt ſich daraus, daß der Verzicht darauf im Fall der Inſolvenz ebenſowenig eine alienatio in fraudem creditorum iſt, wie die Repudiation einer Erbſchaft oder eines Vermächtniſſes. Vgl. die folgende Note.

53) l. 6 pr. D. quae in fraud. cred. (42. 8). Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. § 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum; quod Julianus quoque scribit. l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. (38. 5). — l. 19 D. quae in fraud. credit. (42. 8). Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi, non creditores fraudasse. l. 20 D. eod. Debitorem, qui ex senatusconsulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere. Vgl. oben Note 24—26.

54) l. 5 § 14 D. de don. int. vir. et uxor. (24. 1). Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas, eam heredem institutam. Hier exiſtirt aus demſelben Grunde keine wahre donatio, aus welchem ein Vater, der dotis constituendae causa ein Vermächtniß repudiirt, keine dos profectitia beſtellt, l. 5 § 5 D. de iure dot. (23. 3). . . . Sed et si legatum in hoc repudiaverit pater, ut apud generum heredem remaneat dotis constituendae

Eine solche Berufung zum Nachlasse tritt überall ein, wo das Gesetz einer Person Rechte auf denselben gewährt, bei Zuwendungen des Erblassers dagegen nur, wenn sie durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß erfolgt sind. Bei den mortis causa capiones findet keine Berufung und deshalb auch keine Delation Statt[55]). Diese begreifen jeden andern Erwerb, zu welchem der Tod des Erblassers die Veranlassung giebt, insbesondere das conditionis implendae causa datum[56]) und jede Gabe, die den Empfänger zu einer Handlung bestimmen soll, welche die Theilnahme des Gebers am Nachlaß ermöglicht[57]). Von selbst versteht sich, daß auch bei

---

causa, Julianus probat, non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit. Vgl. oben Note 31—34.

55) Dies ist der Grund, aus welchem das röm. Recht den Erwerb auf Grund des Erbrechts und des Vermächtnißrechts unter diesen besonderen Namen von allen übrigen Formen des erbrechtlichen Erwerbs ausscheidet und für letztere keine eigenen Benennungen, sondern nur den allgemeinen Begriff der mortis causa capio aufstellt. Der Umstand nämlich, daß bei diesen Erwerbungen keine Delation erfolgt und deshalb keine Agnition möglich ist, bewirkt nothwendig, daß dem Erwerber wegen derselben auch keine besondere Klage zusteht; eine solche hat nur der Erbe und der Vermächtnißnehmer, daher hat auch nur ihr Erwerb einen eigenen Namen, l. 31 pr. D. de m. c. donat. (39. 6). Mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. Vergl. Schlagintweit, Die Erwerbung auf den Todesfall in v. Gerber's und Ihering's Jahrbb. f. Dogmat. Bd. 6 S. 332 ff., S. 342 ff.

56) l. 36 D. de m. c. don. (39. 6). l. 8 D. si quis omissa causa testam. (29. 4). Schlagintweit a. a. O. S. 321 ff.

57) Hierher gehört z. B. das Geld, was der Erbe erhält, damit er die Erbschaft antrete oder ausschlage, l. 24 D. de A. v. O. H.

der m. c. donatio keine Berufung erfolgt: nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat[58]). Demgemäß muß durch ſie wie durch eine gewöhnliche Schenkung unmittelbar ein Vermögenserwerb an den Beſchenkten gelangen, der nur das Beſondere hat, daß er von der Bedingung des früheren Todes des Schenkers abhängig iſt[59]).

III. Gründe der Delation*).

§ 4.

Die Delation der Erbſchaft wird durch die Berufung eines freiwilligen Erben bewirkt[1]). Dieſe Berufung kann

---

(29. 2), l. 2 si quis om. c. (29. 4), l. 8, l. 21, l. 31 § 2 D. de m. c. donat. (39. 6). Schlagintweit a. a. O. S. 331 ff.

58) Durch dies Erforderniß unterſcheidet ſich die m. c. donatio von der m. c. capio, l. 38 D. de m. c. donat. (39. 6).

59) l. 42 § 1 D. de m. c. donat. (39. 6) . . . et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi peremta . . .

*) Vgl. Glück, Ausführl. Erläut. d. Pand. Bd. 6 S. 552 ff., Bd. 38 S. 338 ff., Bd. 40 S. 142 ff., S. 164 ff. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 159, § 172 sub II Anmerk. 9. v. Wangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 § 396 u. 397. Brinz, Lehrb. d. Pand. § 175, § 181 sub 1 d. Bering, Römiſches Erbrecht S. 437 ff. v. Keller, Pandectenvorl. § 460. Schirmer, Handb. d. röm. Erbrechts § 5.

1) Die heredes sui et necessarii werden zwar im Juſtinianeiſchen Rechte auch zur Erbfolge berufen, weil mit der Vermögensfähigkeit der Hauskinder die Einheit des Vater- und Kindesguts aufgehört hat, Nov. 118 c. 1 . . . cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus; allein das ius potestatis bewirkt auch jetzt noch, daß dieſe Berufung keine Delation, ſondern ſofort die Acquiſition der Erbſchaft zur Folge hat (§ 3 Note 7 u. 17). Zur Zeit der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder, wo jeder Erwerb derſelben an ihren Paterfamilias gelangt, findet der Begriff der Berufung auf die sui keine Anwendung. Das Vermögen des Paterfamilias erſcheint ſeinen Hauskindern gegenüber als ein Familienvermögen, welches ihnen, weil für und durch ſie erworben, im ſittlichen Sinne ſchon bei Lebzeiten des Vaters zugehört

nach römischem Recht in doppelter Weise geschehen: entweder durch ein Testament, in welchem sich der Erblasser selbst den Erben ernannt hat, oder unmittelbar durch das Gesetz, wenn er intestatus verstorben ist[2]). Testament und Gesetz

---

und deshalb bei seinem Tode auch rechtlich auf die neuen Familienhäupter ipso iure und wegen der durch Familienbedürfniß erzeugten Schulden sogar necessitate übergeht, vgl. Einleitung S. 4. Demgemäß werden die sui nicht erst aus einer Berufung Erben, sondern sie sind dies stets durch ihr bloßes Dasein. Als solche Intestaterben stellen die XII Tafeln sie den Agnaten, welche das Gesetz beruft, deutlich entgegen, Ulpian. fragm. XXVI. 1, als solche Testamentserben bezeichnet sie Gaius II. 157. Diese ihre Eigenschaft, da sie den Vater nicht hindert, kraft seiner patria potestas ihren Antheil an der Erbschaft im Testament verschieden zu bestimmen und sie sogar ganz auszuschließen, wurde nach der Einführung des Mancipationstestaments von der römischen Jurisprudenz auch dazu benutzt, um das zu ihrem Schutz nöthige Requisit der Exheredation formell zu begründen, vgl. Einleitung S. 61. Consequenter Weise hätte nun zwar, nachdem die sui von dem nothwendigen Erwerb der Erbschaft durch das beneficium abstinendi schon vor ihrer Vermögensfähigkeit befreit waren, mit dieser auch ihr Erwerb ipso iure aufhören müssen, da sie jetzt das Vermögen des Paterfamilias nicht mehr miterwerben und damit die wesentlichste Grundlage für ihr früheres Verhältniß zu demselben weggefallen ist. In der That hatte dies jedoch nur die Folge, daß die sui nunmehr ebenso wie andere Personen, namentlich in der Novelle 118 gemeinschaftlich mit den sonstigen Descendenten, berufen werden, sonst blieb Alles beim Alten; es zieht jetzt auch diese ihre Berufung die sofortige Acquisition der Erbschaft nach sich. Man mochte dies gerechtfertigt finden, weil auch gegenwärtig die sui vor Allen diejenigen Personen bleiben mußten, welche zugleich von dem Vermögen des Vaters lebten, und sich deshalb dieses noch immer als ein, wenn auch nicht durch sie, doch für sie miterworbenes darstellte, vgl. Einleitung S. 151. Brinz a. a. O. § 173, § 175.

2) l. 12 § 6 D. de bon. libert. (38. 2) . . . neque enim debet videri pater indignum existimasse filium bonis libertorum, quem ad hereditatem primum vocaverit. — l. 6 D. de suis et legit. hered. (38. 16) . . . lex duodecim tabularum eum vocat ad here-

ſind demnach die beiden römiſchen Delationsgründe[2]. Wo die Delation durch Teſtament erfolgt, heißt um deswillen die deferirte Erbſchaft hereditas testamentaria, wo durch Geſetz hereditas legitima oder ab intestato delata[4]; und dem entſprechend wird heute das mit der Delation erworbene Erbrecht dort ein teſtamentariſches, hier ein geſetzliches oder Inteſtaterbrecht genannt[5].

Der früheſte Zeitpunkt, wo die Delation lege wie testamento eintreten kann, iſt der Todesmoment des Erblaſſers, weil ſie die Exiſtenz der Erbſchaft vorausſetzt[6]. Hinausgeſchoben wird dieſer Zeitpunkt bei der teſtamentariſchen Delation, wenn der Erbeinſetzung Bedingungen beigefügt ſind, bis zu deren Erfüllung[7], bei der geſetzlichen,

---

ditatem. l. 4 D. si tab. test. null. extab. (38. 6). Gaius II. 169 . . . qui ab intestato per legem vocatur.

3) § 6 J. per quas pers. nob. acquir. (2. 9) . . . quarum (hereditatum) duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent.

4) l. 130 D. de V. S. (50. 16). l. 13 pr. l. 17 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 2 pr. D. famil. herc. (10. 2).

5) Wo die Römer das Erbrecht nach dem Delationsgrunde bezeichnen wollen, bedienen ſie ſich mannigfacher Ausdrucksweiſen, wie z. B. hereditas ex testamento oder iure legitimo obvenit, l. 34 pr. D. de H. P. (5. 3), l. 3 § 1 D. pro soc. (17. 2), ferner hereditas ex testamento oder ab intestato alicui defertur, l. 2 pr. D. fam. herc. (10. 2). Für das Inteſtaterbrecht kommen namentlich noch folgende Wendungen vor: intestati iure alicui deferuntur bona, l. 42 § 1 D. de bon. libert. (38. 2), und intestati hereditas ad aliquem pertinet, Ulp. fragm. XXVI. 8; auch finden ſich die Ausdrücke ius legitimum habere, ad iura legitimae successionis ab intestato vocari, und ius legitimarum hereditatum, l. 6 § 1 D. de b. p. (37. 1), c. 14 pr. C. de leg. hered. (6. 58), l. 37 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6).

6) Vgl. § 3 Note 4. Daher die Rechtsparömie: Hereditas viventis non datur.

7) Vgl. § 3 Note 24.

wenn der Erblaſſer ein Teſtament hinterläßt, welches erſt ſpäter ungültig wird; denn die teſtamentariſche Delation geht der geſetzlichen vor[8]).

Das Verhältniß der beiden Delationsgründe zu einander regelt nämlich folgender Grundſatz: ſo lange ein gültiger letzter Wille exiſtirt, kann die geſetzliche Berufung überhaupt nicht eintreten[9]). Das Teſtament hat die juriſtiſche Beſtimmung, wie eine lex specialis[10]) in dem concreten Erbfall die geſetzliche Succeſſion vollſtändig auszuſchließen[11]), und folgeweiſe zugleich die, für den ganzen Nachlaß die Erbfolge anzuordnen. Dieſe Beſtimmung mußte, wie dem alten Comitienteſtament, auch noch dem mündlichen Mancipationsteſtament mit Nothwendigkeit gegeben werden, weil ſonſt dem Volke beziehungsweiſe den Zeugen ein wirkliches Urtheil über daſſelbe nicht möglich war[12]). In derſelben gründet ſich der bekannte Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[13]). Mit der

8) c. 8 C. comm. de succ. (6. 59) . . . testamentariae successionis spe durante, intestato bona defuncti non recte vindicentur. pr. J. de heredit. quae ab int. def. (3. 1). § 6 J. de legit. agn. succ. (3. 2). Gaius III. 11.

9) l. 89 D. de R. J. (50. 17). Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur. l. 39 D. de A. v. O. H. (29. 2). Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

10) Den Charakter einer ſolchen lex specialis hatte in der That das alte Comitienteſtament, und materiell hat das Teſtament dieſen Charakter im römiſchen Recht ſtets behalten, vgl. Einleitung S. 13, 54, 95.

11) c. 8 C. comm. de succ. (6. 59) . . . ei, qui testamentum reliquit, intestato nemo succedit.

12) Ueber die Function des Volkes beim Comitienteſtament und der Zeugen beim mündlichen Mancipationsteſtament vgl. Einleitung S. 12, 54, 60.

13) l. 7 D. de R. J. (50. 17). § 5 J. de heredib. inst. (2. 14).

Einführung des schriftlichen Testaments fiel zwar der ursprüngliche Grund dieser Beschränkung weg, allein die römische Jurisprudenz hielt dennoch an dem bisherigen Rechte fest, weil auch jetzt noch seine Anwendung zweckmäßig erschien. Wer blos pro parte testirt, hat dabei nicht nothwendig die Absicht, daß der andere Theil seinen gesetzlichen Erben zufallen soll, er kann auch den Plan seiner Beerbung überhaupt noch nicht vollständig entworfen, sich also über den Rest seines Vermögens eine spätere Verfügung und zwar zu Gunsten anderer Personen vorbehalten haben. Eine solche Halbheit des Testaments mußte daher, wenn es unvollendet blieb, Ungewißheit über den Willen des Testators erzeugen, im Fall einer späteren Ergänzung konnte sie aber leicht Verwirrung in seinen Dispositionen herbeiführen, da sich diese Gefahr überall mit der Unterbrechung eines complicirteren Geschäftes verbindet[14]). Demnach empfahl es sich, bei der alten Vorschrift auch im späteren römischen Rechte stehen zu bleiben. Wenn ungeachtet der blos pro parte angeordneten Erbfolge das Testament dennoch den ganzen Nachlaß den instituirten Erben gewährte, wie es sich bei den unerfindlichen Miterben, zu deren Gunsten sie auf ihre Quote beschränkt sein sollten, rechtfertigte, so war der Testator, um diese seiner Absicht nicht entsprechende Folge abzuwenden, zur sofortigen vollständigen Errichtung seines letzten Willens genöthigt und damit eine Gewähr für die Bestimmtheit und Klarheit desselben gewonnen.

Brachylog. iur. civ. II. 22. Cicero, de inv. II. 21. Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

14) Auf diesem praktischen Grunde beruht auch das Erforderniß der unitas actus, c. 28 pr. C. de testam. (6. 23).

Gegenüber diesen praktischen Erwägungen, welche jene Vorschrift ursprünglich und später materiell motivirt erscheinen ließen, genügten den römischen Juristen für ihre äußere Begründung, wie bei manchem andern Rechtssatz[15]), bloße Worte: man folgerte sie aus den Worten testatus und intestatus, indem man sagte, es sei ein innerer Widerspruch, daß Jemand zugleich mit und ohne Hinterlassung eines Testaments versterbe[16]).

Die wahre Bedeutung des Satzes: Nemo pro parte testatus etc. ist hiernach diese: wenn Jemand blos pro parte testirt hat, so tritt für den andern Theil seines Nachlasses nicht die Intestaterbfolge ein, sondern es wird durch

15) Vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. 2 S. 482.

16) l. 7 D. de R. J. (50. 17). Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Ueber den ursprünglichen Grund dieser Regel sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden; siehe die Literatur in der Einleitung S. 13 Note 39. Eine Uebersicht über dieselben giebt Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 145; vgl. auch Vering a. a. O. S. 443 und Schirmer a. a. O. S. 54 Note 19. Fast alle bisherigen Erklärungsversuche sind rein theoretischer Natur und bleiben oft bei einer blos formalen Auffassung der Regel stehen. Nur Rudorff in Puchta's Vorl. § 448 Note 4 will ihr bereits eine materielle Bedeutung beigelegt wissen; er nimmt an, daß sie dem Testament, welches frei nach dem Verdienst die Erbfolge anordnen kann, den Vorzug sichern sollte vor dem Gesetz, das nur die Familienstellung beachtet. In neuster Zeit hat Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 S. 140 die praktischen Gesichtspunkte darzulegen gesucht, welche diese Regel ursprünglich nothwendig, später nützlich erscheinen lassen mußten. Seine Ausführung, die noch darauf hinweist, wie der ursprünglich absolute Grundsatz der Universalität des Testaments später durch die Codicille zum Theil verlassen und nur in seiner Beschränkung auf die Erbeinsetzung festgehalten wurde, liegt der Darstellung im Text zu Grunde. (Sie ist mir vor ihrer Veröffentlichung durch Mittheilung der Druckbogen bekannt geworden.)

das Testament auch in diesem Falle die ganze Erbschaft erschöpft. Es ergeben sich daher aus diesem Satze zwei Consequenzen: 1) Soweit die Erbschaft im Testament nicht vertheilt, oder durch den Wegfall eines institutus vacant geworden ist, fällt sie durch Accrescenz den vorhandenen Testamentserben zu[17]), selbst dann, wenn der Testator diese ausdrücklich auf die ihnen zugewiesene Quote eingeschränkt hat[18]). 2) Die directe Erbfolge kann nicht durch mehrere Testamente nach einander angeordnet werden; das spätere Testament hebt stets das frühere auf, wenn gleich in beiden nur pro parte testirt ist[19]).

---

17) § 7 J. de hered. inst. (2. 14). l. 13 § 3, l. 59 § 3 D. de hered. inst. (28. 5).

18) Manche Juristen, z. B. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 165 und Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 172 sub II., nehmen für diesen Fall irrthümlich die Nichtigkeit des Testaments und den Eintritt der Intestaterbfolge an. Nach Analogie des heres ex certa re, dessen Beschränkung auf die certa res wegfällt, sobald nicht ersichtlich, zu wessen Gunsten sie angeordnet ist, muß auch hier die Beschränkung auf die bestimmte Quote wirkungslos sein, l. 41 § 8 D. de vulg. subst. (28. 6). l. 1 § 4, l. 9 § 13 D. de hered. inst. (28. 5). l. 29 D. ad S. C. Treb. (36. 1). § 3 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17). Vgl. Einleitung S. 80. Siehe auch v. Wangerow a. a. O. § 397, § 449 Anm. 2.

19) § 2 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17). Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. l. 1 § 1 D. de b. p. s. t. (37. 11) . . . tabulas Praetor sequitur . . . supremas; . . . supremae enim hae sunt, . . . post quas nullae factae sunt. Daß das spätere Testament das frühere auch dann aufhebt, wenn in beiden nur pro parte testirt ist, macht namentlich die Bestimmung des prätorischen Edicts unzweifelhaft, nach der Jemand aus mehreren Testamenten nur beerbt werden kann, wenn sie wegen gleichzeitiger Errichtung als Ein Testament zu betrachten sind, l. 1 § 6 D. de b. p. s. t. (37. 11). Und daß es sich dabei um eine Consequenz aus dem Satze: nemo pro parte testatus etc. handelt, ergiebt sich aus der Art und Weise, wie das im nachfolgenden Text näher besprochene Ausnahmsrecht der Soldaten begründet wird, l. 19 pr. D. de testam.

Von dieſen Grundſätzen über das Verhältniß der beiden Delationsgründe zu einander läßt das römiſche Recht nur beim testamentum militis eine Ausnahme zu. Der Soldat iſt, wie anderweitig, auch in dieſer Beziehung vom Geſetz eximirt; lediglich ſein Wille entſcheidet über die Art ſeiner Beerbung[20]). Er wird daher, ſofern ſeine Abſicht hierauf gerichtet iſt, von ſeinen Teſtamentserben blos pro parte, und zu der nicht vertheilten oder vacant

---

milit. (29. 1) . . . militi licet plura testamenta facere; . . . nec superius per inferius rumpetur, quum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte testato, ex parte intestato decedere. Wenn Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 80—84 und S. 339—349 den herkömmlichen Satz: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest und dieſe Begründung deſſelben in Abrede ſtellt, ſo hat dies darin ſeinen Grund, weil er in ſeine Erörterungen die indirecte Erbfolge hineinzieht; daß der Erblaſſer aus einem Teſtament indirect und aus einem ſpäteren direct beerbt werden kann, § 3 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17), widerſpricht jenem Satze nicht. — Weitere Conſequenzen als die beiden im Text genannten laſſen ſich aus der Regel: nemo pro parte testatus etc. nicht ableiten. Früher wollte man auf ſie auch die Vorſchrift zurückführen, nach welcher eine Erbeinſetzung unter einem dies a quo und ad quem und unter einer Reſolutivbedingung unzuläſſig iſt. Dieſe Anſicht hat heute keine Anhänger mehr, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 188. v. Wangerow a. a. O. § 397. Ueber die wahren Gründe jener Vorſchrift vgl. meine Erbſchaft S. 100, S. 110.

20) § 5 J. de herod. inst. (2. 14). . . . Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. l. 6 D. de test. milit. (29. 1). Die regula iuris in l. 7 D. de R. J. (50. 17) wird daher auch ausdrücklich auf pagani beſchränkt (Note 16). Bei ihnen wird die Abſicht, die ſie beim Teſtiren hatten, nicht berückſichtigt, ſondern es tritt der Grundſatz in Kraft: Testamenti factio non privati, sed publici iuris est, l. 3 D. qui test. fac. poss. (28. 1), woraus ſich die Vorſchrift ergiebt: Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in testamento suo locum habeant, l. 55 D. de legat. (30.)

gewordenen Quote des Nachlaſſes von ſeinen geſetzlichen Erben beerbt[21]); und er kann ferner ſucceſſive mehrere Teſtamente über die directe Erbfolge errichten, ohne daß, ſoweit ſie einander nicht widerſtreiten, das frühere durch das ſpätere aufgehoben wird[22]).

Es giebt zwar auch neben dem Soldatenteſtament noch Fälle, in welchen die teſtamentariſche und geſetzliche Erbfolge concurriren können, ſie bilden aber keine Ausnahmen von dem Satze: Nemo pro parte testatus etc., ſondern ſie fallen überhaupt nicht in die Sphäre deſſelben[23]). Dieſer Satz ſchließt nicht ſchlechterdings, ſondern nur für den Fall der pro parte angeordneten Erbfolge das Zuſammentreffen der beiden Delationsgründe aus. Wo dieſer Fall nicht vorliegt, hört ſeine Geltung auf. Er greift daher nicht Platz,

---

21) l. 37 D. de testam. milit. (29. 1). Si duobus a milite liberte scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. c. 1 C. eod. (6. 21). Frater tuus miles si te specialiter de bonis, quae in paganico habebat, heredem fecit, bona, quae in castris reliquit, petere non potes, etiamsi is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit; sed ab intestato succedentes veniunt, modo si in eius loco substitutus non es et liquide probatur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas militis in expeditione occupati pro iure servatur. c. 2, 3 C. eod.

22) l. 19 pr. D. de testam. milit. (29. 1)-(Note 19). l. 35 D. eod. . . . Quique plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur. Verfügt das erſte Teſtament über das ganze Vermögen, das zweite über einen Theil deſſelben, ſo wird dem erſten Erben ſo viel entzogen, als dem zweiten zugewandt iſt, l. 36 § 1 D. eod. Verfügt das zweite Teſtament auch über das ganze Vermögen, ſo wird das erſte ungültig, wenn es nicht in jenem ausdrücklich beſtätigt iſt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 94 ff.

23) v. Vangerow a. a. O. § 397 a. E.

wenn das Testament *theilweise ungültig* wird, wie dies nach Rechtsvorschrift wegen Verletzung des Notherbenrechts[24]), oder in Gemäßheit eines richterlichen Erkenntnisses wegen der beschränkten Natur der res iudicata[25]) geschehen kann. Und er tritt ferner selbstverständlich auch dann außer Anwendung, wenn der Testator blos über einen Theil seines Vermögens testirt, weil er nur über diesen zu testiren vermag, wie der Haussohn, der neben seinen bona castrensia noch bona adventicia hat[26]). Hier besitzt der Erblasser juristisch *zwei* Vermögen, von denen jedes unter besonderen Normen steht. Er hat im Sinne des Gesetzes erst in dem Moment blos pro parte testirt, wo er aufgehört hat Filiusfamilias zu sein[27]).

---

24) l. 19 D. de inoff. test. (5. 2) . . . filia praeterita id vindicare debet, quod *intestata* matre habitura esset — *secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur*. Vgl. Einleitung S. 129.

25) l. 15 § 2 D. eod. Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus *diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est*, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, . . . quia credimus eum *legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.* l. 25 § 1 D. eod. c. 13 C. eod. (3. 28). l. 1 § 2 D. si pars hereditis pet. (5. 4). Dasselbe Resultat wie hier bei der Querel kann natürlich in Folge eines Erkenntnisses überall eintreten, wo ein Testament von den Intestaterben gegen mehrere Testamentserben angefochten wird. Ein Beispiel enthält ein von *Seuffert*, Archiv für civil. Praxis Bd. 3 S. 211 mitgetheilter Rechtsfall.

26) pr. J. quib. non est perm. fac. test. (2. 12).

27) Es verhält sich hier ebenso, wie wenn ein Filiusfamilias, der überhaupt nur bona castrensia besitzt, über diese ein Testament errichtet und hierauf seinen Vater beerbt hat. Mit dem Moment, wo dies geschieht, hat er blos noch pro parte testirt; es fällt deshalb bei seinem Tode auch die väterliche Erbschaft seinem Testamentserben

Die Anwendung unſeres Satzes iſt demnach durch die beiden Vorausſetzungen bedingt, daß der Erblaſſer für ſein geſammtes Vermögen Teſtirfähigkeit hatte, und daß er ein vollkommen gültiges, blos in der Anordnung der Erbfolge unvollſtändiges Teſtament hinterließ. Wo das Teſtament für einen Theil der Erbſchaft außer Kraft tritt, da wird dieſer ebenſo ab intestato deferirt, wie die ganze Erb-

---

zu. Nur beim filiusfamilias miles gelangt ſie an ſeine Inteſtaterben, weil dieſer auch von vornherein über ſeine bona castrensia blos pro parte hätte teſtiren dürfen, l. 19 § 2 D. de castr. pecul. (49. 17). Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit; non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id ſn milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori; quod ius ipso non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum (Note 20). Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit. l. 17 § 1 D. de test. milit. (29. 1). — Auf Grund der l. 19 § 2 cit. wollen manche Juriſten unſerer Regel den Zuſatz beifügen: nemo ab initio pro parte testatus etc., und demnach zwiſchen einem pro parte intestatus ab initio und expost unterſcheiden, vgl. Geuffert, Archiv für civil. Praxis Bd. 3 S. 220 Note 25. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 156. Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 172 Note 9 a. E. Der dabei zu Grunde liegende Gedanke, daß das Zuſammentreffen der beiden Delationsgründe nur da nicht Statt finde, wo der Erblaſſer von vornherein (ab initio) blos pro parte teſtirt habe, daß daſſelbe aber, wo dies nicht geſchehen, durch nach dem Tode (expost) eintretende Verhältniſſe veranlaßt werden könne, iſt zwar im Allgemeinen richtig, allein die darauf geſtützte Diſtinction iſt doch dem römiſchen Rechte fremd. In l. 19 § 2 cit. ſteht das „ab initio pro parte testatus etc. mori potuerat“ nicht im Gegenſatz zu Verhältniſſen, die nach dem Tode des Erblaſſers eintreten, ſondern es ſoll hier nur geſagt werden: der miles kann ſchon im Moment, wo er ſein Teſtament macht (ab initio), blos über einen Theil ſeines Vermögens verfügen, und dadurch den Reſt an ſeine Inteſtaterben gelangen laſſen; deshalb erhalten dieſe auch dasjenige Vermögen, was er erſt nach der Teſtamentserrichtung erworben hat.

schaft, wenn der letzte Wille überhaupt seine Geltung verliert[28]).

Die gesetzliche Delation kann also aus einem doppelten Grunde erfolgen, einmal weil der Erblasser ein Testament überhaupt nicht hinterlassen, dann aber auch weil er es nicht dem Rechte gemäß errichtet hat. Dies ist möglich, ohne daß sich damit die Nichtigkeit des Testaments verbindet. So begründete nach prätorischem Rechte die Verletzung des Notherbenrechts für die Präterirten blos einen Anspruch auf ihre Intestatportion gegen das Testament (contra tabulas)[29]); dieses wurde nicht aufgehoben, sondern es fielen nur die darin angeordneten Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Freilassungen zu Gunsten der Notherben weg, alle übrigen Dispositionen, welche ihnen nichts entzogen, blieben gültig[30]). Ebenso bewirkte später nach Civilrecht auch die Ausschließung vom Pflichttheil für die Berechtigten nur den Erwerb ihres Intestaterbrechts gegen das Testament[31]); blos soweit es dies durch die Querel zu verfolgende Recht mit sich brachte, sollte

---

28) pr. J. de heredit. quae ab int. def. (3. 1). Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

29) l. 8 § 14 D. de b. p. c. t. (37. 4). . . . Praetori enim propositum est, quum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset . . . l. 3 § 11 D. eod.

30) Vgl. Einleitung S. 103. Der Begriff der Erbfolge gegen ein Testament ist erst durch das prätorische Edict in das römische Recht gekommen. Nach ius civile macht die Präterition der Notherben entweder das Testament nichtig, oder die Präterirten accresciren den Testamentserben auf eine bestimmte Quote, vgl. Einleitung S. 62.

31) l. 19 D. de inoff. test. (5. 2). Vgl. Note 24.

der letzte Wille ipso iure rescindirt sein[32]). Und ebenso kommt auch noch den Justinianeischen Notherben, wenn die Vorschriften der Novelle 115 nicht beobachtet sind, gegen das Testament ein mit der Querel verfolgbares Intestaterbrecht zu: sie sollen als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, dabei aber auch für sie neben den testamentarischen Vormundschaften die angeordneten Vermächtnisse Geltung behalten, soweit ihr Pflichttheil dadurch keine Verkürzung erleidet[33]).

Der Sache nach kennt daher noch das heutige römische Recht dieselben drei Fälle der Delation, welche das prätorische Edict bei der bonorum possessio aufstellte: secundum tabulas, contra tabulas und ab intestato[34]). Prätorische Delationen selbst kennt es aber nicht. Die bonorum possessio mit ihren eigenthümlichen Principien ist aus dem heutigen Rechte völlig verschwunden[35]). Ueberall wird das Erbrecht, es mag einem gesetzlichen, einem testamentarischen oder einem Notherben zustehen, nach den Regeln der hereditas beurtheilt. Es besteht daher namentlich für den Delaten nirgends mehr die Nothwendigkeit, die Erbschaft gerichtlich und innerhalb einer bestimmten Zeit anzutreten. Die Agnition der b. p. mit ihren Formen und Fristen ist durchweg dem formlosen Erbschaftsantritt gewichen[36]), und das ursprünglich

32) Ueber die Natur der Querel vgl. Einleitung S. 112 ff.

33) Vgl. Einleitung S. 159 und über die Wirkungen, welche die Querel vor der Novelle 115 hatte, S. 120.

34) l. 6 § 1 D. de b. p. (37. 1). § 3 J. eod. (3. 9).

35) Leist, Die Bonorum Possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung Bd. 2 Abth. 2 S. 349. Brinz a. a. O. § 176. Schirmer a. a. O. § 7. Eine Zusammenstellung der Resultate aus Leist's Untersuchungen giebt Sintenis a. a. O. § 193 Note 1.

36) Leist a. a. O. S. 413 ff. Schirmer a. a. O. S. 104.

nur mit ihr verbundene interdictum quorum bonorum hat heute in der Umgestaltung, welche es durch die Praxis erfahren, jeder Erbe als solcher[37]).

Schon im neusten Justinianeischen Rechte hat die b. p. aufgehört, ein vollständiges Erbrechtssystem zu sein. Es giebt hier nur noch einzelne Fälle, in denen das Erbrecht als ein prätorisches dargestellt wird. Die bonorum possessio c. t. war durch die Novelle 115 in ihrem ganzen Umfange aufgehoben[38]). Dagegen ließ die Novelle 118 von der b. p. intestati das Erbrecht der Ehegatten als b. p. unde vir et uxor stehen[39]). Und neben dieser sind auch einzelne bonorum possessiones secundum tabulas übrig geblieben. Aus einem Testament, welches eines Formfehlers wegen nach Civilrecht ungültig war, konnte die b. p. zwar nicht mehr zustehen, nachdem das alte civile und das prätorische Testament zu der neusten Civiltestamentsform verschmolzen war[40]), sie findet aber noch in einer Anzahl von Fällen Statt, wo das Testament aus andern Gründen iure civili keine Gültigkeit hatte[41]). Nur in diesen Ueberresten dauerte die b. p. noch im neusten Justinianeischen Rechte fort, und selbst hier genügte jetzt wahrscheinlich zum Erwerb der Erbschaft der formlose Antritt ebenso wie bei einem Civilerbrecht. Nach der Art und Weise nämlich wie in Constitutionen von Justinian über den Erbschaftsantritt gesprochen wird[42]),

37) Leist a. a. O. S. 468 ff. Sintenis a. a. O. § 193 Note 2. Brinz a. a. O. S. 703. Schirmer a. a. O. S. 105.

38) Vgl. Einleitung S. 152 ff. Nur der Patron hatte gegen das Testament eines Freigelassenen auch nach der Novelle 115 noch die b. p. c. t., § 3 J. de succ. libert. (3. 7).

39) Vgl. Einleitung S. 48 ff.

40) Vgl. Einleitung S. 65 ff.

41) Vgl. l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11). l. 1 § 6 D. eod.

42) c. 19 — c. 22 C. de iure delib. et de adeunda heredit. (6. 30).

hat es den Anschein, als hätte es der Agnition der b. p. zu seiner Zeit auch bei den prätorischen Erben nicht mehr bedurft, sondern dieselbe durch pro herede gestio ersetzt werden können[43]). Wenn er demungeachtet diese Agnition mit ihren Fristen nicht aufhob, so mochte dies aus dem Grunde nicht geschehen, weil sie für den Erwerb des interdictum quorum und für jede b. p., welche nur einen provisorischen Besitz der Erbschaft zu gewähren bestimmt war, auch jetzt noch erforderlich bleiben sollte.

Wie indessen dem auch immer sein mag, daß die b. p. im heutigen gemeinen Rechte den letzten Rest von praktischer Bedeutung verloren hat, ist unzweifelhaft. Seit dem 16. Jahrhundert wird sie von den Praktikern ausdrücklich für antiquirt erklärt und der Grundsatz ausgesprochen, es sei jedes Erbrecht, wenn es gleich in den Quellen als b. p. auftrete, den Regeln der hereditas und damit der hereditatis aditio unterworfen[44]). Und ebenso ist nach einem feststehenden Gewohnheitsrecht das heutige interdictum quorum bonorum ein von den Agnitionsregeln befreites Rechtsmittel

---

43) Leist a. a. O. S. 235 ff. A. M. ist Schirmer a. a. O. S. 101 Note 50.

44) Giphanius, Explanat. in Inst. III. 9. Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bonorum possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in iure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio bonorum possessionis fieri solet; deinde quia in consiliis Dd. item nulla extat mentio; postremo et ratio est, cur hodie eius nullus esse debeat aut possit, satis perspicua. Weitere Gewährsmänner siehe bei Leist a. a. O. S. 415 ff. Vgl. auch Schirmer a. a. O. S. 104 Note 54. Das Werk von Leist hat den hier ausgesprochenen Grundsatz auch in unserer heutigen Praxis zur Anerkennung gebracht, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 313 (1834) und dagegen Bd. 7 Nr. 71 (1852).

jedes Erben[45]). Nur diejenigen bonorum possessiones (ex Carboniano edicto, ventris und furiosi nomine), bei welchen es sich um die vorläufige Einweisung in den Besitz der Erbschaft handelt, sind natürlich auch heute noch beim Richter zu erbitten, die Agnitionsfristen sind aber selbst hier nicht mehr zu beobachten[46]).

So verhält es sich mit der Lehre von den Delationsgründen, soweit sie auf römischem Rechte beruht. Eine Erweiterung hat dieselbe durch das deutsche Recht erfahren. Nach römischem Rechte kann durch Vertrag kein Erbe ernannt werden[47]); durch deutsches Gewohnheitsrecht ist der Erbeinsetzungsvertrag ein gemeinrechtlicher Delationsgrund geworden[48]). Es giebt also heute auch noch eine durch Vertrag deferirte Erbschaft, hereditas pactitia, und demgemäß ein vertragsmäßiges Erbrecht.

Zum Begriff des Erbeinsetzungsvertrages gehört, daß in dem Vertrage die Erbesernennung selbst, nicht blos das

---

45) Vgl. Note 37 und über die heutige Praxis Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 77, Bd. 3 Nr. 279, Bd. 7 Nr. 71.

46) Leist a. a. O. S. 421. Brinz a. a. O. § 204. Schirmer a. a. O. S. 106.

47) c. 5 C. de pact. conv. (5. 14). Hereditas extraneis testamento datur. Quum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur. c. 15 C. de pact. (2. 3). Eine Schenkung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens war, wie das schon früher nachgewiesen ist, nach römischem Recht ein gültiges Geschäft, vgl. § 1 S. 196.

48) Hasse im Rhein. Museum Bd. 2 S. 150 ff. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen 2 Bde. Göttingen 1834, 1837. Buddeus in Weiske's Rechtslexikon Bd. 4 S. 27 ff. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftl. Testamenten. Braunschweig 1860. Brinz a. a. O. § 189.

Verſprechen derſelben enthalten iſt. Es muß alſo der eine Contrahent die heredis institutio des andern definitiv erklärt, und dieſer die Erklärung acceptirt haben[49]). Der

49) v. Gerber, Syſtem des deutſchen Privatrechts § 258. Bluntſchli, D. Privatr. § 195. Buddeus a. a. O. Brinz a. a. O. Unter den Begriff des Erbeinſetzungsvertrags fällt demnach nicht: 1) das Verſprechen, Jemanden im Teſtament oder in einem künftig abzuſchließenden Erbeinſetzungsvertrag bedenken zu wollen. Ein Vertrag dieſes Inhalts ſteht auch heute noch unter den Vorſchriften des röm. Rechts und iſt nach dieſen nichtig, c. 34 i. f. C. de transact. (2. 4), c. 4 C. de inut. stip. (8. 39), l. 61 D. de V. O. (45. 1), l. 17 pr. D. ad S. C. Trebell. (36. 1), vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 48. Früher betrachteten manche Juriſten als den Inhalt des Erbeinſetzungsvertrags die Zuſicherung des künftigen Nachlaſſes, vgl. Eichhorn, D. Privatr. § 344. Damit ſtellten ſie ihn in der That dem Verſprechen der künftigen Bedenkung gleich: denn jene Zuſicherung könnte nur eine Obligation erzeugen. Soll ein Erbrecht aus dem Erbvertrage erworben werden, ſo darf er kein obligatoriſcher, ſondern nur in gleichem Sinne ein Vertrag ſein, wie z. B. die Adoption und die Tradition. 2) Der ſ. g. Erbſchaftsvertrag, durch welchen der eine Contrahent ſich verpflichtet, die ihm künftig von einer beſtimmten, jetzt noch lebenden Perſon anfallende Erbſchaft an den andern Contrahenten herausgeben zu wollen. Dieſer Vertrag iſt, wenn er ohne Zuſtimmung dieſer Perſon geſchloſſen wird, nach röm. Recht ebenfalls nichtig, weil es unſittlich und verletzend iſt, über die Erbſchaft eines Andern hinter ſeinem Rücken zu paciſciren, l. 2 § 2 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 27 § 4 D. ad S. C. Trebell. (36. 1), l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6); außerdem zieht er bei der ſpäter eintretenden Delation an den Paciſcenten Indignität deſſelben nach ſich. Wird der Vertrag mit Zuſtimmung des Erblaſſers geſchloſſen, ſo iſt er gültig, aber der Conſens verpflichtet den Erblaſſer nicht, ſeine Erbſchaft dem betreffenden Contrahenten wirklich zu hinterlaſſen, l. 2 § 3 D. de his quae ut indign. (34. 9). l. 29 § 2, l. 30 D. de donat. (39. 5). c. 30 C. de pact. (2. 3). Hat der Vertrag nicht die Erbſchaft eines beſtimmten Dritten zum Gegenſtande, ſondern irgendwelche Erbſchaft, die dem Contrahenten einmal zufallen werde, ſo iſt er wie jedes andere pactum spei gültig, l. 3 §§ 1, 2, l. 73 D. pro socio (17. 2), l. 10—12 D. de H. v. A. V. (18. 4). In dieſer Weiſe können daher z. B. Auswanderer Erbſchaften, welche ihnen

Umstand, daß hier die Erbeinsetzung durch ein zweiseitiges, beim Testament durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt, giebt natürlich dieser Disposition selbst keinen andern Charakter. Nicht die Erbeinsetzung, sondern nur das Geschäft, in welchem sie errichtet ist, hat in beiden Fällen eine verschiedene Natur. Deshalb müssen die Principien der testamentarischen heredis institutio auch auf die vertragsmäßige Erbesernennung soweit Anwendung finden, als sie sich nicht in dem Wesen des Testamentes gründen. Diese werden bei ihr durch Grundsätze verdrängt, welche sich aus dem Vertragscharakter des Errichtungsgeschäftes ergeben[50]).

in Aussicht stehen, veräußern, vgl. Blätter für Rechtsanw. Bd. 17 S. 205 und unten § 6. Manche Juristen, z. B. Thibaut, System § 853, Eichhorn, D. Privatr. § 341, Mittermaier, Grundsätze des deutsch. Privatr. § 453 haben aus der heutigen Zulässigkeit des Erbeinsetzungsvertrags auch die Erlaubtheit der s. g. Erbschaftsverträge folgern wollen. Bei der völlig verschiedenen Natur der beiden Geschäfte läßt sich diese Folgerung nicht rechtfertigen. Jene Ansicht hat denn auch nur vereinzelt in der Praxis Anerkennung gefunden und selbst hier nicht immer unbeschränkt; Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 252, Bd. 13 Nr. 44; die herrschende Doctrin und Praxis stellt die Erbschaftsverträge unter die Grundsätze des röm. Rechts, Puchta, Pand. § 449, Hasse a. a. O. S. 218, Beseler a. a. O. Bd. 2 S. 328, v. Vangerow a. a. O. § 396, v. Gerber a. a. O. § 257 Note 4, Schirmer a. a. O. S. 51, Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 313, Bd. 8 Nr. 153, Bd. 13 Nr. 151. Dagegen ist durch das deutsche Recht neben dem Erbeinsetzungsvertrag der Erbverzicht, die man zusammen unter dem Namen Erbverträge begreift, ein gültiges Geschäft geworden, während nach röm. Recht auch dieser Vertrag, durch welchen ein künftiges gesetzliches Erbrecht an dem Nachlaß des andern Contrahenten aufgegeben wird, nichtig ist, l. 34 D. de pact. (2. 14), l. 16 D. de suis et legit. hered. (38. 16), c. 35 § 1 C. de inoff. test. (3. 28), c. 3 C. de collat. (6. 20).

50) Hartmann a. a. O. § 1 löst den Erbeinsetzungsvertrag in zwei selbständige Geschäfte auf: in die Erbeinsetzung und den Verzicht auf die Testirfreiheit. Aus der Natur dieser beiden Geschäfte leitet er die Regeln ab, welche auf den Erbeinsetzungsvertrag zur Anwendung zu bringen sind. Seiner Ansicht scheint beizutreten

Hiernach tritt auch für den Vertragserben ein Rechtserwerb aus der Erbeinsetzung erst mit dem Tode des Instituenten ein, und es besteht dieser auch für ihn, sofern er ein extraneus ist, in der Acquisition des Erbrechts, indem seine Berufung in dem Vertrage die Delation des Nachlasses an ihn bewirkt[51]). In diesen beiden Punkten stehen sich der Erbeinsetzungsvertrag und das Testament als Delationsgründe einander vollkommen gleich; denn bei ihnen

---

Arndts in der Oesterreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 7 S. 269 ff. Gegen dieselbe erklären sich v. Gerber a. a. O. § 257 Note 1 und Ruhwandl in der Zeitschrift des Anwaltsvereins für Bayern Jahrg. 1863 Nr. 8 S. 118 Note 7 und in der Deutschen Gerichtszeitung, Jahrg. 1863 Nr. 26 und Nr. 27. Ersterer bezeichnet diese Construction als willkürlich und unhistorisch; mir scheint sie auch unjuristisch zu sein. Wer die vertragsmäßige Erbeinsetzung in die Erbeinsetzung und in den Verzicht auf die Testirfreiheit scheiden zu müssen glaubt, der wird keinen Anstand nehmen dürfen, die testamentarische Erbeinsetzung in eine Erbeinsetzung und in den Vorbehalt der Testirfreiheit zu zerlegen. Wenn in der That aber hier die Fortdauer der Testirfreiheit nur eine nothwendige Folge der Einseitigkeit und Widerruflichkeit des Testaments ist, so kann dort der Untergang der Testirfreiheit auch nur eine nothwendige Folge der Zweiseitigkeit und Unwiderruflichkeit des Vertrages sein; für einen Verzicht, der denselben herbeiführen könnte, ist überhaupt kein Raum mehr. Nicht zwei verschiedene Geschäfte lassen sich demnach hier unterscheiden, sondern nur die zwei Bestandtheile jedes Geschäfts, sein Inhalt und seine Form oder, was dasselbe ist, die Disposition und der Act, durch welchen sie errichtet wird, d. i. beim Erbeinsetzungsvertrag die Erbeinsetzung und der Vertrag.

51) Diese Delation und damit die Nothwendigkeit des Antritts leugnen natürlich diejenigen Juristen, welche sich die Zusicherung des künftigen Nachlasses als den Inhalt des Erbeinsetzungsvertrages denken (Note 49); sie geben aus demselben dem Vertragserben ein Recht auf den Nachlaß, welches mit dem Tode des Erblassers nicht erst erworben, sondern nur unbedingt wird; vgl. z. B. Eichhorn, D. Privatr. § 344 und dagegen v. Gerber a. a. O. § 259.

kommt blos die Natur der Erbeinsetzung in Betracht, der zufolge sie eine occasio capiendi ex morte alterius gewährt[52]). Dagegen nach zwei anderen Richtungen hin, für welche allein die Natur des Errichtungsgeschäftes maßgebend ist, besteht aus diesem Grunde beim Erbeinsetzungsvertrag und beim Testament ein durchaus verschiedenes Verhältniß: während dieses als ein einseitiges Geschäft auch den einseitigen Widerruf ermöglicht, schließt jener als ein zweiseitiges Geschäft denselben nothwendig aus — dies war der Grund, weshalb die Römer den Erbeinsetzungsvertrag verwarfen[53]) —, und während das Testament die Bestimmung hat, für den ganzen Nachlaß die Erbfolge anzuordnen, kann dem Erbeinsetzungsvertrage, als einem Geschäfte, welches der Erblasser mit und zu Gunsten einer bestimmten Person abschließt, diese Bestimmung nicht beigelegt werden. Es hat deshalb bei ihm der Satz: Nemo pro parte testatus etc. mit seinen Consequenzen keine Geltung[54]), sondern es müssen hier analog die Grundsätze über das testamentum militare zur Anwendung kommen[55]). Wo sich Jemand einen Vertragserben blos

52) l. 31 pr. D. de m. c. donat. (39. 6). Vgl. § 3 Note 23 u. 55.

53) l. 52 § 9 D. pro socio (17. 2) . . . nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit. l. 22 pr. D. de legat. (32) . . . nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. c. 15 C. de pact. (2. 3) . . . neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. Vgl. Einleitung S. 59.

54) Beseler a. a. O. Bd. 2 S. 227. Buddeus a. a. O. S. 41. Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6 S. 367. v. Gerber a. a. O. § 258 a. E. Ohne Grund spricht Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 79 ff. dem Satze: nemo pro parte testatus etc. auch abgesehen von dem Falle des Erbvertrags die heutige gemeinrechtliche Geltung ab, nimmt indessen S. 345 diese Behauptung wieder zurück. Daß der Satz in Deutschland stets Anwendung gefunden hat, bezeugt Leyser, Medit. ad Pand. sp. 361 med. 5.

55) Brinz a. a. O. S. 801.

pro parte ernannt hat, tritt alſo keine Accrescenz ein, ſondern es erfolgt in den Reſt des Vermögens die Inteſtaterbfolge[56]). Und wo der Erblaſſer ſein Vermögen ſucceſſive durch mehrere Erbeinſetzungsverträge oder neben ihnen durch ein Teſtament vergabt hat, da beſtehen dieſe Dispoſitionen neben einander[57]), auch dann, wenn er nach einem Teſtament über die ganze Erbſchaft noch einen Erbeinſetzungsvertrag pro parte errichtet hat; hier wird dem Teſtamentserben ſo viel entzogen als dem Vertragserben zugewandt iſt[58]). Fällt bei Concurrenz eines Teſtaments und eines Erbeinſetzungsvertrages einer der Teſtamentserben weg, ſo accrescirt die vacante Portion nur ſeinen teſtamentariſchen Miterben, nicht auch den Vertragserben[59]); und fällt unter mehreren Vertragserben einer aus, ſo accrescirt deſſen Erbtheil den übrigen nach Analogie des Soldatenteſtaments nur dann, wenn dies der Abſicht des Erblaſſers entſpricht, ſonſt wird er den geſetzlichen Erben deferirt[60]). Es können alſo möglicherweiſe alle drei Delationen zuſammentreffen: die vertragsmäßige, die geſetzliche und die teſtamentariſche[61]).

---

56) So nach Analogie des § 5 J. de heredib. inst. (2. 14) und der l. 6 D. de test. milit. (29. 1). Vgl. Note 20.

57) So nach l. 19 pr. l. 35 D. de test. milit. (29. 1). Vgl. Note 19 u. 22.

58) l. 36 § 1 D. eod. Vgl. Note 22. Begreift der Vertrag die ganze Erbſchaft, ſo hebt er natürlich das Teſtament überhaupt auf, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 346 ff., Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 274.

59) c. 1 C. de test. milit. (6. 21). Vgl. Note 21. Beſeler a. a. O. Bd. 2 S. 280.

60) l. 37 D. de test. milit. (29. 1). Vgl. Note 21.

61) Ueber das Verhältniß des Erbeinſetzungsvertrags zum Notherbenrecht vgl. vorerſt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 58 ff. und die Note 48 angeführten Schriftſteller, ferner Seuffert a. a. O. Bd. 1 Nr. 89, Bd. 4 Nr. 138 u. 243, Bd. 5 Nr. 36, Bd. 9 Nr. 321.

III. Fähigkeit zur Delation. Erbfähigkeit und Capacität*).

§ 5.

Fähig durch die Delation das Erbrecht zu erwerben, sind bei dem familienrechtlichen Charakter desselben principiell nach römischem Rechte nur solche Personen, welche ein Familienband mit dem Erblasser vereinigen kann. Die gesetzliche Delation setzt ein bestehendes Verwandtschaftsverhältniß zu ihm voraus, die testamentarische wenigstens die Möglichkeit seiner künstlichen Nachbildung[1]). Für diese bedurfte es zur Zeit der Testamentserrichtung des Commerciums, zur Zeit, wo der letzte Wille sich verwirklichen soll, des Connubiums des Instituirten. Der Mangel des Commerciums hindert bei den Peregrinen und bei den zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, weil sie Peregrinen oder servi poenae werden, schon die testamenti factio mit dem Erblasser (s. g. t. f. passiva), daher die Gültigkeit ihrer Einsetzung[2]); der

---

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Ausführl. Erläuter. der Pand. Bd. 39 S. 117 ff. Hunger, Das röm. Erbrecht §§ 71 bis 77. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 160 und § 167 sub II. v. Wangerow, Lehrbuch der Pand. Bd. 2 § 404, § 411 und § 429. Brinz, Lehrbuch der Pand. § 177 und § 205. Bering, Röm. Erbrecht S. 249 ff. u. S. 275 ff. Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts § 4.

1) Vgl. Einleitung S. 11 u. S. 14.

2) Ulpian. fragm. XXII. § 1. Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent. § 10 J. de testam. ordin. (2. 10) . . . hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Gaius II. 105. Ulpian. fragm. XXII. § 2. Dediticiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est. Ulpian. fragm. XIX. §§ 4, 5. l. 13 D. de b. p. (37. 1). Edicto Praetoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt, neque in integrum restituti sunt. Rei autem capitalis

Mangel des Connubiums ſchließt bei den Latinen den Erwerb des ius capiendi, alſo die Delation an ſie aus[3]).

Hiernach war zunächſt die Fähigkeit zur Delation von drei Bedingungen abhängig: einmal von der noch gleichzeitigen Exiſtenz des Delaten mit dem Erblaſſer, da dieſem Niemand verwandt ſein kann, der nicht mehr zuſammen mit ihm in rerum natura geweſen iſt[4]), dann von ſeiner phy-

---

damnatus intelligitur is, cui poena mors aut aquae et ignis interdictio sit. l. 12 § 1 D. eod. c. 1 C. de hered. inst. (6. 24). Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt, sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent. l. 3 pr. D. de his quae pro non script. hab. (34. 8). Si in metallum damnato quid . . . relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet: nam poenae servus est, non Caesaris. § 3 J. quib. mod. ius pot. solv. (1. 12). l. 25 § 3 D. de A. v. O. H. (29. 2). Ueber die Erbeinſetzung anderer Sclaven vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 195 ff. und meine Erbſchaft § 9.

3) Ulpian. fragm. XXII. § 3. Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. § 8 . . . quia latinitatem consequitur, quod non proficit ad hereditatem capiendam. Gaius I. 23, II. 110, 275. Da es den Latinen nicht an dem Commercium fehlt, ſo haben ſie auch die testamenti factio, Ulpian. fragm. XI. § 16, XIX. § 4, XX. § 8; ihre Erbeinſetzung iſt deshalb gültig, aber ſie kann die Delation der Erbſchaft oder, was daſſelbe iſt, den Erwerb der ius capiendi für ſie nicht bewirken, weil es dazu der nur mit der Civität verbundenen Familienrechtsfähigkeit bedarf, Cicero, pro Caecina 35 § 102. Ulpian. fragm. V. § 4. Die Latinen hatten demnach zwar teſtamentariſche Erbfähigkeit, aber ſie entbehrten der Capacität. Das Nähere über dieſen Gegenſatz ſiehe unten.

4) l. 6 D. de suis et legit. hered. (38. 16) . . . lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit; l. 7 D. eod. vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. l. 3 § 11 D. eod. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. l. 6 D. eod . . . qui

ſiſchen Perſönlichkeit, weil ſich die Rechtsfähigkeit juriſtiſcher Perſonen auf Vermögensrechte beſchränkt[5]), und endlich von der Civität, weil nur römiſche Bürger das Connubium haben und deshalb nur ſie in Verwandtſchaft zu einander ſtehen können[6]).

---

post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest. § 8 J. de hereditat. quae ab intest. defer. (3. 1) . . . quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit. l. 1 § 8 D. unde cognati (38. 8). l. 8 pr. D. de suis et legit. hered. (38. 16). . . . Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non próprie, sed per abusionem, vel potius *ἀναφορικῶς* accidit. Daß mit dieſen Stellen die l. 47 § 3 D. de bon. libert. (38. 2) nicht in Widerſpruch ſteht, iſt heute allgemein anerkannt, Mühlenbruch a. a. O. S. 411, v. Vangerow a. a. O. § 411. — l. 3 D. de b. p. s. t. (37. 11). Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. l. 29 pr. §§ 2, 3 D. de lib. et post. (28. 2). l. 6 pr. (i. f.) D. de inj. rupt. irr. f. test. (28. 3). l. ult. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). — l. 6 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore.

5) Ulpian. fragm. XXII. § 5. Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Ulpian führt hier zwei Gründe an, weshalb dem Princip nach ein Municipium nicht zur Erbfolge berufen werden kann: einerſeits weil es ein incertum corpus iſt, d. h. weil es keine phyſiſche Perſönlichkeit hat, andererſeits weil es aus dieſem Grunde ein ihm zuſtehendes Erbrecht ſelbſt nicht würde ausüben können, die Ausübung durch Stellvertreter aber der Natur des Erbrechts widerſpricht, l. 1 § 1 D. de libert. universit. (38. 3). Mühlenbruch a. a. O. S. 423. Heimbach, in der Zeitſchr. für Civilr. und Proc. N. F. Bd. 5 S. 70. Vgl. unten § 11.

6) Ulpian. fragm. V. § 4. — Ueber die partielle Succeſſionsunfähigkeit der Frauen nach der lange vor Juſtinian außer An-

In der Kaiserzeit gelangt daneben der Gesichtspunkt zur Geltung, daß auch ein civis Romanus, wenn er der rechtlichen Gemeinschaft mit seinen Mitbürgern aus religiösen, politischen oder sittlichen Gründen unwerth erscheinen muß, in dem Testament derselben keine Stelle erhalten und sie auch ab intestato nicht oder doch nur in den nächsten Verwandtschaftsgraden beerben darf. Demgemäß ist Ketzern und Apostaten wegen ihres Abfalls von der Staatsreligion die testamenti factio passiva wie die Fähigkeit zur gesetzlichen Delation völlig entzogen[7]; ebenso den Kindern von Hochverräthern wegen ihrer präsumirten politischen Gesinnung, jedoch mit einer Modification zu Gunsten der Töchter[8].

---

wendung gekommenen lex Voconia vom Jahre 585 p. u. c. vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 281 ff. und die bei v. Vangerow a. a. O. § 429 Anm. 4 angeführte Literatur.

7) c. 4 pr. — § 2, c. 5, c. 19 C. de haeret. (1. 5). Die Auth. Frider. Credentes C. de haeret. stellte Jeden, der Ketzern Schutz verleiht und Vorschub leistet, diesen gleich. — c. 3, c. 4 C. de apostat. (1. 7).

8) c. 5 C. ad leg. Jul. majest. (9. 8). Die Töchter sollen zusammen eine Falcidia von der mütterlichen Erbschaft erwerben können, nicht mehr, die Mutter mag mit oder ohne Testament verstorben sein, c. 5 § 3 C. eod. Ob das Gesetz auch auf vor dem Verbrechen geborene und emancipirte Kinder, sowie auf Adoptivkinder und Enkel zu beziehen sei, ist bestritten; ebenso ob sich mit der Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 auch der Erbtheil der Töchter vergrößert habe, v. Vangerow a. a. O. § 404. Da die Constitution ebensowenig zwischen vor und nach dem Verbrechen geborenen, wie zwischen emancipirten und nicht emancipirten Kindern unterscheidet, so erstreckt sie sich gleichmäßig auf beide; wenn nach § 4 Emancipationen nach verübtem Hochverrathe nichtig sind, so ist dies nur deshalb vorgeschrieben, damit nicht dem Vermögen des Vaters, welches der Fiscus einzieht, c. 5 cit. pr., der Nießbrauch an dem peculium adventicium seiner Kinder entgeht, Basilic. lib. LX. 18. Schol. 7, 8. Dagegen fallen nicht unter das Gesetz die Enkel und die Adoptivkinder, jene nicht, weil es ausdrücklich nur von filii und filiae spricht, diese

Und demgemäß hat auch die Wittwe, welche das Trauerjahr durch eine zweite Ehe oder durch eine außereheliche Schwangerschaft verletzt, keine t. f. passiva und kann ab intestato nur ihre Verwandten bis zum dritten Grade beerben[9]). Ihr gleich steht die Mutter, welche sich als Vormünderin ihrer Kinder gegen ihr Gelöbniß wieder verheirathet, bevor sie ihnen einen neuen Vormund erbeten und diesem das verwaltete Vermögen unter Rechnungsablage ausgehändigt hat[10]).

Ferner ist incestuosen Ehen die familienrechtliche Anerkennung in dem Maße versagt, daß die Ehegatten selbst nicht durch testamentarische Berufung Rechte, wie sie das Familienverhältniß auf den Nachlaß gewährt, sich einander oder ihren Kindern einräumen können; und auch von den recht-

---

nicht, weil die ratio legis für sie nicht zutrifft: paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur, c. 5 cit. § 1. Was endlich den Einfluß der Nov. 18 betrifft, so hat sich mit ihr allerdings, wie die Basiliken a. a. O. bestätigen, der Erbtheil der Töchter auf ⅓ resp. auf ½ erhöht, weil im vorjustinianeischen Rechte die Falcidia gleichbedeutend mit dem Pflichttheil ist, vgl. Einleitung S. 129. — Früher nahmen manche Juristen für die Kinder der Hochverräther Indignität an und gaben demgemäß dem Fiscus einen Anspruch auf die ihnen anfallenden Erbschaften, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 246. Die Indignität hindert, wie am Schluß dieses Paragraphen näher nachgewiesen ist, weder die Delation noch die Agnition der Erbschaft; von den Kindern der Hochverräther heißt es aber in c. 5 cit. § 1: a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant. Diese Worte schließen schon ihre gesetzliche und testamentarische Berufung aus. Daher fallen Erbtheile, die an und für sich an sie gelangen müßten, wie wenn sie gar nicht da wären, an die anderweitigen Erben des Erblassers, vgl. l. 3 D. quae pro non script. hab. (38. 4).

9) c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9). Nov. 22 c. 22, Nov. 39 c. 2.

10) Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

mäßigen Verwandten ſollen diejenigen, welche zur Eingehung der Ehe gerathen haben, auf keine Weiſe an der Beerbung der Ehegatten Theil nehmen dürfen[11]).

Endlich zieht in einem Falle die Verſäumniß einer familienrechtlichen Pflicht die Ausſchließung von der Erbfolge nach ſich. Wenn die künftigen geſetzlichen Erben eines vormundsbedürftigen[12]) Pupillen nicht innerhalb Jahresfriſt die Beſtellung des Tutors oder Curators für denſelben beantragt haben, ſo ſind ſie, falls der Pupill in der Unmündigkeit verſtirbt[13]), unfähig, ihn ab intestato oder durch Pupillar-

11) c. 6 C. de incest. et inut. nupt. (5. 5). Nov. 12 c. 3 § 1. Auch hier tritt nicht etwa Indignität, ſondern Erbunfähigkeit ein: denn es wird in c. 6 cit. einerſeits jedes Familienverhältniß des inceſtuoſen Ehegatten zu Frau und Kindern negirt (neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur), und andererſeits geſagt, daß er ihnen auch in ſeinem Teſtament nichts zuwenden könne: nihil prorsus praedictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes vel mortuus derelinquat. Nach der c. 6 cit. ſollen den inceſtuoſen Ehegatten überhaupt nur ſeine rechtmäßigen Verwandten ab intestato und ex testamento beerben können, und ſelbſt dieſe nur unter der im Text angegebenen Beſchränkung. Wenn dabei einzelne rechtmäßige Verwandte namhaft gemacht werden, ſo geſchieht das nur beiſpielsweiſe; es darf daraus nicht, wie es wohl geſchieht, geſchloſſen werden, daß anderweitige rechtmäßige Verwandten an der Erfolge keinen Theil haben ſollten, vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 340. — Den außerehelichen Inceſt beſtraft das römiſche Recht mit der Deportation, alſo mit dem Verluſt der Civität; daher konnten auch die in einem inceſtuoſen Stuprum erzeugten Kinder ihre Eltern nicht beerben, l. 5 D. de quaest. (48. 18).

12) c. 9 C. qui pet. tut. v. cur. (5. 31). Quum iure habenti tutorem tutor dari non possit, intelligis, matrem non officium pietatis in petendo tutorem deseruisse, sed iure munitam merito filio suo tutorem non postulare.

13) c. 3 C. ad S. C. Tertull. (6. 56).

substitution zu beerben[14]). Diese Strafe fällt indessen weg, wenn der Pupill zu jener Zeit kein Vermögen hatte[15]), wenn seine Erben durch unverschuldete Hindernisse von der petitio tutoris zurückgehalten wurden[16]), und wenn sie minderjährig waren[17]).

Die heutige Doctrin bezeichnet die Fähigkeit, in einem letzten Willen oder durch das Gesetz berufen zu werden, und die von ihr abhängige Fähigkeit zur Delation passend durch den Ausdruck Erbfähigkeit. Wo dieselbe in den angeführten Fällen einer Person ganz abgeht, nennt sie diese Erbunfähigkeit eine absolute oder totale, wo blos theilweise, eine relative oder partielle[18]).

---

14) l. 2 § 23 sqq. D. ad S. C. Tertull. (38. 17). l. 2 §§ 1—3 D. qui pet. tut. v. cur. (26. 6). c. 10 C. de legitim. heredib. (6. 58). Auch hier wollen irrthümlich manche Juristen, z. B. Puchta, Pand. § 448 Note d, einen Indignitätsfall annehmen. Der Wortlaut der Quellen macht es aber unzweifelhaft, daß diese Pflichtverletzung schon den Erwerb des Erbrechts hindert. In l. 2 § 23 D. ad S. C. Tertull. heißt es: ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. Damit übereinstimmend sagt die c. 10 C. de legit. hered: omnem iis sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam. Vgl. auch c. 3 C. ad S. C. Tert. (6. 56) und l. 2 §. 47 D. eod.

15) l. 2 §§ 26, 45, 46 D. ad. S. C. Tert. (38. 17).

16) l. 2 §§ 27, 43 D. eod. c. 8, c. 11 C. qui pet. tutor v. cur. (5. 31).

17) c. 2 C. si adv. delict. (2. 35).

18) Vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 242, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 471 Note 2, Sintenis a. a. O. § 160 Note 1, Puchta Pand. § 448. — Manche Juristen beschränken die Fälle der Erbunfähigkeit nicht auf die im Text erwähnten; sie zählen vielmehr noch zu den erbunfähigen Personen: 1) im vorjustinianeischen Rechte die incertae personae, d. h. Personen, die erst durch einen künftigen Umstand bestimmt werden sollen, und postumi alieni, weil ihre Honorirung bis auf Justinian ungültig war, Ulpian.

Zu der Erbfähigkeit geſellt ſich auf dem Gebiete des teſta-

---

fragm. XXII § 4, XXIV § 18. Gaius II, 238, 242, 287. §§ 25—27 J. de legat. (2. 20). c. un. C. de inc. pers. (6. 48). 2) den Regenten, der litis causa zum Erben eingeſetzt iſt, § 8 J. quib. mod. test. infirm. (2. 17), l. 91 D. de hered. inst. (28. 5); vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 300 ff., S. 351 ff., v. Wangerow a. a. O. § 429 Anm. 2, 3. Zu beiden Fällen darf von einer Erbunfähigkeit, da dieſe eine Minderung der Rechtsfähigkeit bei dem Bedachten vorausſetzt, nicht geſprochen werden. Die Einſetzung von incertae personae widerſtritt dem Grundſatz: certum consilium debet esse testantis und war deshalb urſprünglich ungültig, Ulpian. XXII § 4. §. 27 J. de legat. (2. 20); bei der Einſetzung des Regenten litis causa machte das Motiv die Dispoſition zu einer unſittlichen und dadurch nichtigen, Pucht a, Pand. § 472, vgl. Einleitung S. 71, S. 83, S. 100. 3) die Pasquillanten, weil ſie in l. 21 pr. D. de testib. (22. 5) und l. 5 § 9 D. de iniur. (47. 10) als intestabiles bezeichnet ſind und unter dieſem Ausdruck von Theophil. II. 10 § 6, in den Schol. ad Horat. Satyr. II. 3 v. 181, und in der Auth. Frider. Credentes C. de haeret. auch erbunfähige Perſonen begriffen werden, vgl. z. B. Schweppe, Das röm. Privatr. Bd. 5 § 788, v. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. § 443 und Bering a. a. O. S. 251 Note 2. Nach den geltenden Quellen des römiſchen Rechts beſteht das Weſen der Inteſtabilität lediglich in der Unfähigkeit zum Solennitätszeugniß und zum Teſtiren, l. 18 § 1, l. 26 D. qui testam. fac. poss. (28. 1); es giebt keine Stelle in der Juſtinianeiſchen Compilation, welche dem intestabilis auch die testamenti factio passiva oder die Fähigkeit zur geſetzlichen Erbfolge abſpricht. Wenn in den obigen Citaten Perſonen, denen nicht blos die Fähigkeit zum Solennitätszeugniß und zum Teſtiren, ſondern zugleich die Erbfähigkeit fehlt, intestabiles genannt ſind, ſo kann darauf kein Gewicht gelegt werden, weil ſie ſich nicht die Aufgabe ſtellen, den Inhalt der Inteſtabilität anzugeben. Die heute herrſchende Doctrin leugnet denn auch aus dieſen Gründen die Erbunfähigkeit der Pasquillanten, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 257 ff., v. Wangerow a. a. O. § 429 Anm. 2, Schirmer a. a. O. S. 40.

Früher nahm man einen Erbunfähigkeitsfall auch wohl noch auf Grund der Nov. 22 c. 46 u. 47 an, welche angeblich Geſchwiſter wegen Lebensnachſtellung, Criminalanklage und Anſchläge gegen das Vermögen des Erblaſſers von der Inteſtaterbfolge ausſchließen ſoll. Die

mentarischen Erbrechts noch der Begriff der Capacität[19]), d. i. die Fähigkeit des Honorirten, aus einer gültigen Disposition demnächst auch den Erwerb machen zu können[20]). Da die Gültigkeit der Disposition durch die testamenti factio des Honorirten bedingt ist[21]), so bildet diese stets die erste Voraussetzung für die Fähigkeit zur Delation, aber sie ist nicht überall die einzige. Es giebt im römischen Rechte Personen, deren Berufung im Testamente durchaus zulässig ist, für die aber demungeachtet die Delation aus derselben oder, was dasselbe ist, der Erwerb des ius capiendi entweder gar nicht, oder doch nicht in vollem Umfange eintreten kann. Diese stellt man deshalb als incapaces (in solidum oder pro parte) den Erbunfähigen gegenüber. Außer den schon oben genannten Latinen[22]) gehören zu ihnen nach

---

meisten heutigen Juristen adoptiren zwar diesen Inhalt der Novelle, erklären aber die Geschwister für indigni, z. B. Puchta, Pand. § 448 Note d, v. Wangerow a. a. O. § 565, Brinz a. a. O. § 206; vgl. Einleitung S. 156 Note 361. In der That existirt hier auch kein Indignitätsfall, wie sich in der Lehre von der Indignität näher zeigen wird, vgl. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß Bd. 4 S. 415 ff.

19) Müller, Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Gießen 1827) S. 82 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 360 ff., Bd. 39 S. 158. Hunger a. a. O. §. 75. Sintenis a. a. O. § 167 Note 15. v. Wangerow a. a. O. § 429. Brinz a. a. O. § 205. Vering a. a. O. S. 275 ff.

20) Der Ausdruck capacitas findet sich in l. 55 § 1 D. de legat. (31) und in Ulpian. fragm. XVI. Sonst wird diese Fähigkeit durch capax esse, capere posse, und der Mangel derselben durch capere non posse und capere prohiberi bezeichnet, l. 29 D. de liber. leg. (34. 3). l. 10 D. de his quae ut indign. (34. 9). Gaius II. 110, 111. Ulpian. fragm. XXII. § 3.

21) Vgl. Note 2.

22) Vgl. Note 3.

der lex Julia et P. P. namentlich die coelibes und orbi[23]), nach einer Conſtitution von Domitian die mulieres probrosae[24]), und nach Juſtinian's Beſtimmung der, welcher eine

---

23) Gaius II. 286. Coelibes ... qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur. Ulpian. fragm XVII § 1 ... si ... nec intra dies centum ... legi paruerit. Gaius II. 286a Item orbi, qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt. Gaius II. 111, 144. Auch die Capacität des pater solitarius und der Ehegatten war nach der lex Julia eine beſchränkte, Ulpian. fragm. XIII, XV, XVI. Für alle dieſe Perſonen galt daſſelbe Recht, wie für die Latinen, Ulpian. fragm. XXII § 3 i. f.: ſie haben testamenti factio, aber ſofern auch beim Tode des Teſtators noch die Vorausſetzungen des Geſetzes vorhanden ſind, hindern dieſe die Delation, d. i. den Erwerb des ius capiendi. Das Nähere über die Incapacität der coelibes, orbi und Latini ſiehe bei Mühlenbruch a. a. O. S. 160 ff. und Vering a. a. O. S. 275 ff.

24) Sueton. Domit. c. 8. Suscepta morum corruptione, probrosis feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legata hereditatesque. Den mulieres probrosae, worunter, wie ſich aus den nachſtehend citirten Stellen ergiebt, namentlich Huren und Schauſpielerinnen verſtanden werden, fehlt die Capacität ſelbſt einem Soldatenteſtament gegenüber, l. 41 § 1 D. de test. milit. (29. 1). Auch ihnen iſt jedoch weder die Fähigkeit zur geſetzlichen Erbfolge, l. 2 § 4 D. ad S. C. Tertull. (38. 17), noch die testamenti factio passiva entzogen. Sie können gültig im letzten Willen bedacht werden, aber wenn ſie auch beim Tode des Teſtators ihren Lebenswandel nicht aufgegeben haben, ſo tritt aus dieſem Grunde die Delation und deshalb der Erwerb des ius capiendi für ſie nicht ein. Sind ihnen dagegen in Folge ihrer veränderten Lebensweiſe zu dieſer Zeit bereits die weiblichen Ehrenrechte durch kaiſerliches Reſcript wieder ertheilt worden, ſo iſt damit für ſie das Hinderniß der Delation in Wegfall gekommen, c. 23 pr. — § 3 C. de nupt. (5. 4). Für mulieres scenicae bedurfte es nach einer ſpäteren Beſtimmung Juſtinian's nicht einmal eines Ehrenreſcriptes mehr, es genügte ihr Abgang von der Bühne, c. 33 pr. C. de episc. aud. (1. 4). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 267 ff., Vering a. a. O. S. 281.

Wittwe während des Trauerjahrs heirathet[25]), ſowie die liberi naturales[26]) und der zweite Ehegatte[27]), wenn der Teſtator neben ihnen rechtmäßige Deſcendenten, beziehungsweiſe Kinder aus erſter Ehe hinterläßt. Die Latini, die coelibes und die mulieres probrosae ſind incapaces in solidum, die übrigen blos pro parte.

Die Erbunfähigen und die incapaces ſtehen ſich darin gleich, daß ſie beide zur Delation unfähig ſind[28]), aber bei

---

25) Nov. 22 c. 22 pr. § 1. Juſtinian wiederholt hier die Beſtimmung der c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9) von Gratianus und Theodoſius.

26) Nov. 89 c. 12 §§ 1—3. Ueber das frühere Recht vgl. c. 2, c. 8 C. de natur. lib. (5. 27).

27) Nov. 22 c. 27, 28. Das frühere Recht enthält c. 6 pr. u. c. 9 pr. C. de sec. nupt. (5. 9). — Irrthümlich nimmt v. Wangerow a. a. O. § 429 Anm. 2 in den drei letzten Fällen einen Mangel der testamenti factio passiva an. Aus den citirten Stellen ergiebt ſich, daß, wenn den liberi naturales oder dem zweiten Ehegatten mehr hinterlaſſen iſt, als das Geſetz geſtattet, die Dispoſition aus dieſem Grunde nicht ungültig wird, daß vielmehr die Delation aus derſelben nur dann nicht in vollem Umfange erfolgt, wenn noch beim Tode des Teſtators legitime Deſcendenten resp. Kinder erſter Ehe da ſind, denen das plus zufallen kann. Aehnlich verhält es ſich mit der Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt. Hier ſoll ſich mit der Infamie die Strafe für ſie verbinden, daß ſie ihrem zweiten Manne nicht mehr als ein Drittheil ihres Vermögens hinterlaſſen darf. Der Mann erleidet keine Minderung ſeiner Rechtsfähigkeit, daher kann er auch gültig auf mehr eingeſetzt werden, aber die Delation an ihn beſchränkt ſich zur Strafe für die Frau auf ein Drittheil, wenn ihre Ehrenminderung nicht vor ihrem Tode durch restitutio famae gehoben iſt, Nov. 22 cap. 22 pr. . . . neque marito secundarum nuptiarum ultra tertiam suae substantiae offeret partem.

28) Daher werden in den Quellen auch häufig Erbunfähige und incapaces zuſammengeſtellt und gemeinſchaftlich als Perſonen bezeichnet, qui prohibentur capere hereditatem; und andererſeits wird auch die Exiſtenz der testamenti factio passiva durch capere posse bezeichnet, Gaius II. 110, 111. Ulpian. fragm. XXII § 3. §. 4 J. de hered.

der Verſchiedenheit der Gründe, auf welchen dieſe Unfähigkeit beruht, verknüpfen ſich mit derſelben verſchiedene Wirkungen. Ein wegen Erbunfähigkeit vacanter Erbtheil vererbt ſich bei der teſtamentariſchen wie bei der geſetzlichen Erbfolge ſo, als ob der Erbunfähige überhaupt nicht exiſtirte; er gelangt alſo durch Accrescenz oder ſucceſſive Delation an die anderweitigen Erben[29]). Was dagegen einem incapax zugewandt iſt, das fällt beſtimmten durch das Geſetz namhaft gemachten Perſonen zu[30]).

---

qual. (2. 19). l. 73 § 1 D. de leg. (31). Die heutige Doctrin betrachtet die Incapacität nicht als ein Hinderniß der Delation, ſondern nur der Acquiſition der Erbſchaft, weil ſie die Identität der Delation und des ius capiendi überſieht, vgl. z. B. Puchta, Vorleſ. §§ 448—450 sub 4.

29) c. 1 C. de hered. inst. (6. 24). Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt, sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent. l. 3 pr. D. de his quae pro non script. hab. (34. 8). Si in metallum damnato quid relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet ... § 1 Sed etsi post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet. — c. 19 pr. C. de haeret. (1. 5), c. 4 pr. C. de apost. (1. 7). — c. 5 §§ 1, 3, 5 C. ad leg. Jul. maj. (9. 8). — c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9). Nov. 22 c. 22 pr. — c. 6 C. de incest. et inut. nupt. (5. 5). — l. 2 § 47 D. ad S. C. Tertull. (38. 17).

30) Ulpian. fragm. XVII § 1. Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibi vel Latino Juniano legatum fuerit ... Hodie ex constitutione imperatoris omnia caduca fisco vindicantur. Nach der lex Julia et P. P. trat die Caducität nicht blos wegen Incapacität ein, ſondern noch in manchen andern Fällen, wo der Erwerb einzelner Zuwendungen durch den Honorirten nicht erfolgen kann; ſucceſſive wurde dieſelbe aber immer mehr beſchränkt und ſchließlich von Juſtinian durch die c. un. C. de latin. libert. toll. (7. 6) und c. un. C. de caduc. toll. (6. 51) ganz aufgehoben, unter Herſtellung des ius antiquum, nach welchem ſich der vacante Erbtheil durch Accreſcenz

Der Gegensatz von Erbunfähigkeit und Incapacität hat auch im heutigen Rechte seine praktische Bedeutung nicht verloren. Nur die Zahl der Fälle, in denen beide gemeinrechtlich noch Platz greifen, ist beträchtlich kleiner geworden. Dieser Umstand hat selbstverständlich keinen Einfluß gehabt auf ihre eben erwähnten verschiedenen Wirkungen; bei diesen ist es auch heute geblieben. Es wird sich aber im weiteren Verlaufe der Darstellung zeigen, daß in Folge dessen anderen Vorschriften des römischen Rechts viel von ihrem ursprünglichen Gewicht entzogen ist, und daß sogar Eine Bestimmung, nämlich die, welche für die incapaces die Einsetzung in tempus capiendae hereditatis zuließ[31]), ihre Geltung völlig eingebüßt hat.

Was zuvörderst die Erbunfähigkeit betrifft, so sind die römischen Bestimmungen hinsichtlich der Peregrinen, der capite damnati, der Ketzer und der Apostaten durch den gemein-

---

oder successive Delation vererbte. Damit war das, was nach der lex Julia ein caducum oder in causa caduci war, dem gleichgestellt, was pro non scripto galt, also namentlich dem, was einem Erbunfähigen hinterlassen war (Note 29). Ueber das Speciellere siehe Vering a. a. O. S. 275 ff.; vgl. auch Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. B. 6 S. 397. Bei Zuwendungen an mulieres probrosae traten an deren Stelle wahrscheinlich statt des Fiscus die anderweitigen Erben des Testators, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem später das, was die während des Trauerjahrs heirathende Wittwe ihrem zweiten Ehegatten über das gesetzliche Maß hinterlassen hatte, nicht für den Fiscus in Anspruch genommen wurde, c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9) ... Haec namque ab heredibus vel coheredibus aut ab intestato succedentibus vindicari iubemus, ne in his, in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. Was endlich den liberi naturales und dem zweiten Ehegatten mehr, als das Gesetz erlaubt, zugewandt ist, das erhalten die rechtmäßigen resp. die Kinder erster Ehe, Nov. 89 c. 12 § 2, Nov. 22 c. 27.

31) l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5).

rechtlichen Grundſatz beſeitigt, nach welchem die öffentliche und kirchliche Stellung einer Perſon ihre Privatrechtsfähigkeit nicht alterirt[32]). Ferner iſt die Erbunfähigkeit der Kinder von Hochverräthern durch desuetudo[33]), und die Erbunfähigkeit der Wittwe wegen Verletzung des Trauerjahrs, ſowie der dieſem gleichgeſtellte Fall theils durch das canoniſche Recht theils durch die Praxis aus dem gemeinen Rechte verſchwunden[34]). Endlich kann die Strafe auch wegen ver-

---

32) Puchta, Pand. und Vorl. § 45. Windſcheid, Lehrb. d. Pandectenr. § 55. Siehe auch v. Wächter im Archiv f. civiliſt. Praxis Bd. 17 S. 438.

33) Die goldene Bulle Karl's IV. hat zwar in cap. 24 die c. 5 §§ 1—7 C. ad. leg. Jul. majest. wörtlich aufgenommen, und die römiſchen Vorſchriften ſind auch ſpäter noch zur Anwendung gekommen, Lauterbach, Colleg. Pand. XLVIII, 4, allein darüber, daß dieſelben gegenwärtig nicht mehr in Geltung ſtehen, findet heute kaum noch eine Meinungsverſchiedenheit Statt, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 246, Sintenis a. a. O. § 160 Note 1, Puchta, Pand. § 448 Note c, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 471 Note 2, Schirmer a. a. O. S. 37 Note 28.

34) cap. 4 X. de sec. nupt. (4. 21). Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum? respondemus, quod cum Apostolus dicat: mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui, in domino nubat, cui voluerit; per licentiam et auctoritatem Apostoli eius infamia aboletur. cap. 5 X. eod. Ausdrücklich hat der Papſt hier zwar wegen des Ausſpruchs des Apoſtels Paulus (Römer 7, 3. 1 Kor. 7, 39) nur die Infamie aufgehoben, ohne der übrigen nachtheiligen Folgen zu gedenken; allein es müſſen auch dieſe als aufgehoben betrachtet werden, da nach jenem vom Papſt anerkannten Satze des Apoſtels in der Verheirathung während des Trauerjahrs überhaupt nichts Strafbares liegt, Glück's Commentar Bd. 24 S. 197 ff., Geiger in d. Zeitſchr. für Civilr. Bd. 19 S. 228, Puchta, Pand. § 429, Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 301. Manche Juriſten widerſprechen zwar dieſer Folgerung, geben aber die Aufhebung per desuetudinem zu, Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 137

säumter petitio tutoris nur noch Platz greifen, wenn aus diesem Grunde ein Jahr lang die Ernennung des Vormundes für den Unmündigen unterblieben ist[35]). Diese Folge, um derentwillen das römische Recht jene Versäumniß ahndete, kann sich heute mit derselben nicht leicht mehr verbinden, weil die obervormundschaftlichen Behörden schon von Amtswegen den Vormund zu bestellen haben, und neben den Erben des Pupillen nach den deutschen Landesgesetzen noch andere Personen verpflichtet sind, ihnen von dem Vormundschaftsfall Kenntniß zu geben[36]).

Hiernach bleiben blos drei Fälle übrig, die noch dem heutigen gemeinen Rechte angehören: die Erbunfähigkeit, welche ihren Grund hat in einer incestuosen Ehe, die Erbunfähigkeit derjenigen Personen, welche nicht mehr gleichzeitig mit dem Erblasser existirt haben, und die Erbunfähigkeit der juristischen Personen. Manche Juristen stellen selbst diese Fälle

---

Note 15. Für den Fall, wo die Wittwe durch außereheliche Schwangerschaft das Trauerjahr verletzt hat (Note 9), und für den Fall, wo sie als Vormünderin ihrer Kinder gegen ihr Gelöbniß zur zweiten Ehe geschritten ist, ohne für dieselben vorher einen neuen Vormund zu erbitten (Note 10), hat die Praxis die Strafe der Erbunfähigkeit beseitigt, Holzschuher, Theorie und Casuist. d. gem. Civilr. Bd. 2 S. 529, Schirmer a. a. O. S. 38 ff. Vgl. indessen v. Löhr, Magazin Bd. 3 S. 522, v. Vangerow a. a. O. Bd. 1 § 227 Anm. 2 und Strippelmann, Entscheid. d. O.A.G. zu Cassel. Bd. 5 S. 218 ff.

35) Sintenis a. a. O. § 147 Note 96.

36 Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 1 S. 435 hält aus diesen Gründen die Strafe durch den Einfluß der Doctrin und Praxis für ganz abgeschafft. Anderer Meinung ist Kraut, Die Vormundschaft nach d. Grundsätzen des deutsch. R. Bd. 1 S. 279 ff.; er erklärt sich für die unbeschränkte Geltung der röm. Grundsätze, falls nicht Particularrechte entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Die dieser Ansicht entgegenstehenden Gründe sind näher entwickelt von Sintenis a. a. O. § 147 Note 96.

in Abrede. Indeſſen ihre Behauptung, daß Juſtinian die Vorſchriften hinſichtlich der inceſtuoſen Ehen aufgehoben [37]),

37) Die c. 6 C. de inc. et inut. nupt. (5. 5) von Arcadius und Honorius ſoll nach der heute herrſchenden Anſicht durch die Nov. 12 vom Jahre 535 (Note 11) aufgehoben worden ſein, vgl. v. Wächter im civiliſt. Arch. Bd. 17 S. 434, Mühlenbruch a. a. O. S. 339, Sintenis a. a. O. § 205 Note 12, v. Vangerow a. a. O. § 404 sub. 6. In der That iſt dies nicht der Fall. Die c. 6 cit. enthält folgende Beſtimmung: wer in inceſtuoſer Ehe lebt, ſoll zwar ſein Vermögen nicht verlieren, aber rechtlich ſo behandelt werden, als habe er weder einen Ehegatten, noch mit dieſem erzeugte Kinder; deshalb ſoll er dieſen Perſonen wie ab intestato, auch ex testamento nichts hinterlaſſen können, ſondern ſein Vermögen ſoll nur an die rechtmäßigen Verwandten gelangen dürfen, und ſelbſt unter dieſen ſollen die, welche zu der Ehe gerathen haben, erbunfähig ſein. Dieſe Beſtimmung bezeichnet die Nov. 12 in der praef. als unvollkommen, weil ſie die ſchuldigen Ehegatten ſtraflos läßt, während ſie den unſchuldigen Kindern das Vermögen ihrer Eltern entzieht. Darum ſollen künftig die inceſtuoſen Ehegatten ſofort ihr ganzes Vermögen verlieren, und zwar an den Fiscus, wenn keine rechtmäßigen Deſcendenten aus früherer Ehe da ſind (cap. 1), wenn aber ſolche exiſtiren, an dieſe (cap. 2); zugleich ſollen ſie mit der Landesverweiſung, aber nur mit der Relegation, wie ſich aus cap. 2 ergiebt, beſtraft werden. Nach dieſer Vorſchrift trifft die Novelle in cap. 3 tranſitoriſche Anordnungen über ſolche inceſtuoſe Ehen, welche bei ihrer Publication bereits eingegangen ſind. An erſter Stelle fordert ſie hier die Auflöſung dieſer Ehen innerhalb zwei Jahren. Erfolgt dieſe, ſo ſoll ſich die Confiscation auf den vierten Theil des Vermögens beſchränken, und der demnächſtige Nachlaß den inceſtuoſen Kindern ganz zufallen können, ſofern keine rechtmäßigen Kinder da ſind; andernfalls müſſen dieſen drei Theile der Erbſchaft hinterlaſſen werden und nur der verbleibende vierte Theil kann ſich auf die liberi incestuosi vererben. Erfolgt dagegen die Auflöſung der Ehe innerhalb der erwähnten Friſt nicht, ſo ſollen die im Eingang des Geſetzes verordneten, hier noch näher beſtimmten Strafen eintreten: 1) Die Ehegatten ſollen ſofort ihr ganzes Vermögen verlieren, und zwar an den Fiscus, wenn keine rechtmäßigen Kinder vorhanden ſind; wenn dagegen ſolche Kinder da ſind, ſo ſoll nur der vierte Theil des Vermögens confiscirt, aber der Reſt von jenen erworben wer-

und daß er mit Einführung seiner Intestaterbfolge auch das

---

den. 2) Die incestuosen Kinder sollen von dem (künftigen) väterlichen wie mütterlichen Vermögen ganz ausgeschlossen sein: tales quoque filii nihil ex paterna substantia habebunt neque ex materna dote. Nach diesen transitorischen Vorschriften wird am Schluß des cap. 3 bestimmt, das für den letzten Fall Angeordnete solle auch auf die Personen zur Anwendung kommen, die nach der Publication der Novelle eine incestuose Ehe schließen: Haec enim etiam in postea nubentibus inceste sancimus, sub aequalitate per omnia ponentes eum, qui non dimittit intra praedictum a nobis tempus incestam coniugem, cum eo, qui post hanc nostram legem incestas et odibiles quasdam nuptias elegit.

Wenn sich hiernach die Nov. 12 selbst als ein Gesetz ankündigt, welches das frühere Recht blos, soweit es unvollkommen erscheint, ergänzen, also zwar modificiren, aber nicht aufheben will, so kann die c. 6 cit. nicht ihre Geltung überhaupt verloren, sie muß diese vielmehr in allen Punkten behalten haben, welche durch die Novelle nicht ausdrücklich abgeändert sind. Zu diesen zählen nun aber ihre Vorschriften über die Erbunfähigkeit. Für die incestuosen Kinder werden dieselben sogar durch die Novelle in den oben citirten Worten bestätigt: denn nach dem, was vorher über ihre Ansprüche an dem väterlichen Nachlaß gesagt ist, und wenn jene Worte nicht leere Worte sein sollen, so können sie nur auf das von den Eltern hinterlassene Vermögen bezogen werden, welches sie nach dem früheren Vermögensverlust von Neuem erworben haben. Indessen wenn man dies auch bestreiten wollte, es ergiebt sich aus anderen Novellen zur Evidenz, daß Justinian die Erbunfähigkeit in dem hier in Rede stehenden Falle nicht hat aufheben wollen: er nimmt nicht blos in der im Jahre 539 erlassenen Nov. 89 cap. 12 § 2 u. cap. 15 pr., wo er Bestimmungen über die Capacität der Concubinenkinder trifft, von diesen die liberi incestuosi aus, sondern er erkennt auch in Nov. 139 und in Nov. 154 ausdrücklich an, daß neben den neuen Bestimmungen der Nov. 12 die früheren Vorschriften über die Erbunfähigkeit der incestuosen Ehegatten und ihrer Kinder stehen geblieben sind. Für das heutige Recht ergiebt sich deshalb folgendes Resultat: der Vermögensverlust als Strafe ist in Deutschland überall außer Geltung gesetzt, Heffter, Lehrb. des Criminalr. § 139, daher kann die Nov. 12 nicht mehr zur Anwendung kommen, die in c. 6 cit. angeordnete Erbunfähigkeit ist dagegen geltendes Recht, da sich eine desuetudo nicht nachweisen läßt. Dies wird denn auch in der Praxis anerkannt, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 1 No. 257; die hier mitgetheilte Entscheidung des geh. Obertribunals in Berlin

bisherige Recht über die nondum concepti[38]) stillschweigend

enthält aber insofern einen Irrthum, als sie im Widerspruch mit der c. 6 cit. und mit der Nov. 12 c. 3 eine Erbunfähigkeit der incestuosen Kinder nur dem Vater, nicht auch der Mutter gegenüber annehmen will. — Mühlenbruch a. a. O. erklärt sich gleichzeitig für die heutige Geltung der c. 6 cit. und für ihre stillschweigende Aufhebung durch die Nov. 12: mit der heutigen Unanwendbarkeit der Novelle sollen die Bestimmungen der Constitution wieder eintreten müssen. Der dagegen namentlich von v. Bangerow a. a. O. erhobene Widerspruch ist selbstverständlich gerechtfertigt.

Auf den außerehelichen Incest kann auch heute die c. 6 cit. nicht angewandt werden, da das Gesetz ausdrücklich von factisch eingegangenen Ehen spricht, die nur gesetzlich als solche nicht anerkannt werden sollen, Mühlenbruch a. a. O. S. 344. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 257.

38) Manche Juristen nehmen an, die früheren Vorschriften des röm. Rechts (Note 4) seien durch die Nov. 118 beseitigt, weil dieselbe die Intestaterbfolge lediglich von dem Descendenten-, Ascendenten- und Collateralenverhältniß abhängig mache. Zu den Descendenten und Collateralen einer Person gehörten auch die, welche erst nach ihrem Tode concipirt seien; daher müßte sie auch von diesen ab intestato beerbt werden können, und wenn dies, auch ex testamento, weil es widersinnig sein würde, einer zur Intestaterbfolge qualificirten Person die Fähigkeit zur testamentarischen Erbfolge abzusprechen, Löbenstern in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. 9 S. 215, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 63. Bei dieser Deduction ist übersehen, daß Justinian in der Nov. 118 nur die cognatischen Descendenten u. s. w. des Erblassers beruft, und daß er die Voraussetzungen der cognatischen Verwandtschaft nicht abgeändert hat, v. Bangerow a. a. O. § 411. Mayer, Erbrecht I. S. 37 Anm. 7 behauptet die Erbfähigkeit der postumi, welche beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt sind, auf Grund der justinianeischen Constitution de incertis personis. In dem Auszuge dieser Constitution bei Tipucitus heißt es aber: Non permittit (constit.) heredes scribi incertos, nisi conceptus sit, Basil. XLIV. 18, 29. Vgl. Heimbach in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. Bd. 5 S. 23. Die herrschende Doctrin und Praxis hält denn auch an den alten Regeln des römischen Rechts fest, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 406 ff., Sintenis a. a. O. § 160, Puchta, Pand. § 458 Note d, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 471, Schirmer a. a. O. § 4 S. 26, Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 309, Bd. 15 Nr. 141.

außer Anwendung gesetzt habe, beruht auf einem Irrthume; und die angebliche Praxis, welche annehmen soll, daß jeder vom Staat anerkannten Corporation durch diese Anerkennung im Zweifel auch die Erbfähigkeit ertheilt sei[39]), läßt sich als eine gemeinrechtliche nicht nachweisen[40]). Bei ihrer fortdauernden Geltung sind deshalb die römischen Bestimmungen, welche sich auf die nondum concepti und die juristischen Personen beziehen, noch näher anzugeben.

Eine Person, welche beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt war, kann denselben weder ab intestato beerben, noch aus einer testamentarischen oder vertragsmäßigen heredis institutio[41]). Es ist zwar die Erbeinsetzung von Personen, welche zur Zeit, wo dieselbe vorgenommen wird, noch nicht in rerum natura existiren, vollkommen gültig[42]), aber die Delation der Erbschaft erfolgt an sie nur,

---

39) Sie wird namentlich behauptet von Mühlenbruch a. a. O. S. 442 u. Arndts, Lehrb. d. Pand. § 471 Note 3.

40) Vgl. Sintenis a. a. O. Bd. 1 § 15 Note 46, v. Vangerow a. a. O. § 429 Anm. 3, Puchta, Pand. § 448, Schirmer a. a. O. § 4 S. 28 ff.

41) Vgl. die Stellen in der Note 4.

42) Nach altem Civilrecht konnten nur postumi sui, deren Notherbenrecht dies forderte, als Erben eingesetzt werden; das prätorische Recht, welches die emancipati unter die Notherben aufnahm, gab den postumi alieni die b. p. s. t., Gaius I. 147. II. 242. pr. J. de b. p. (3. 9). l. 4, l. 5, l. 28 § 1 D de liber. et post. (28. 2). Im justinianeischen Rechte erhielt der postumus alienus durch die const. de incertis personis auch civiles Erbrecht, pr. J. de b. p. (3. 9) . . . Sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus. Mit Rücksicht auf seine vorher schon bestehende prätorische testamenti factio heißt es deshalb in § 28 J. de leg. (2. 20): Postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest. Ein postumus alienus ist Jeder, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est, § 26 J. de legat. (2. 20), Gaius II. 241. Von vornherein umfaßte der Begriff der

wenn sie zur Todeszeit des Testators geboren oder wenigstens in ventre sind. Will daher Jemand Nachkömmlingen, die vielleicht bei seinem Ableben noch nicht concipirt sind, seinen Nachlaß zuwenden, so muß er sie, statt durch Erbeinsetzung, auf dem Wege des Universalfideicommisses bedenken[43]). Durch diese Vorschrift wird nicht blos theoretischen Anforderungen genügt, sondern den praktischen Inconvenienzen einer

---

postumi alieni unzweifelhaft nur eigene Descendenten des Erblassers, weil nur bei diesen das Bedürfniß bestand, sie als Erben einsetzen zu können. Es war aber natürlich, daß man im Laufe der Zeit auf dem Gebiete des testamentarischen Erbrechts ebenso wie bei der Intestaterbfolge unter postumi auch die zu erwartenden Kinder dritter Personen begriff, vgl. l. 127 D. de leg. (30), l. 7 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). Irrthümlich will Heumann in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proceß S. 338 ff. noch nach dem späteren und neusten röm. R. eine gültige Erbeinsetzung nur für solche postumi zulassen, die im Allgemeinen zu den Pflichttheilsberechtigten des Testators gehören, also nur für seine nachgeborenen Descendenten und Geschwister. Dieser Ansicht widerspricht schon die l. 3 D de b. p. s. t. (37. 11): Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. Ferner ergiebt sich ihre Unrichtigkeit aus l. 6 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9) unter Vergleichung der Basil. XL. 4, 9 sch. 1. Ungültig ist in der That als turpis institutio nur die Einsetzung eines solchen postumus, den der Testator in einer unerlaubten Geschlechtsverbindung, und den er mit einer gegenwärtig noch verheiratheten Frau erzeugen werde, § 28 J. de leg. (2. 20), l. 9 pr. §§ 1, 3, 4 D. de lib. et post. (28. 2), vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 378 ff., v. Vangerow a. a. O. § 429, Heumann a. a. O. S. 349 ff., Heimbach in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proceß. N. F. Bd. 5 S. 15. Ueber die Einsetzung der postumi im Erbvertrage vgl. Beseler, Die Lehre von d. Erbverträgen II, 2 S. 108, S. 143, Seuffert, Archiv Bd. 13 Nr. 108.

43) Dies ist zulässig, wie sich aus den Bestimmungen über das Familienfideicommiß ergiebt, l. 32 § 6 D. de legat. (31). Mühlenbruch a. a. O. S. 412 ff.

sonst bis in's Unendliche möglichen Ungewißheit der Erbfolge begegnet[44]).

Die Stellung, welche die juristischen Personen einnehmen, ist nur insofern eine andere, als ihre auf Vermögensrechte beschränkte Rechtsfähigkeit auch schon die testamenti factio passiva ausschließt, so daß ihre Einsetzung im Testament von vornherein ungültig ist[45]). Das römische Recht hat hier indessen das Princip nicht ausnahmslos aufrecht erhalten. Im öffentlichen Interesse ist durch singuläre Rechtsvorschrift gewissen juristischen Personen Erbfähigkeit beigelegt worden. Es sind dies die Kirchen und kirchlichen Institute[46]), die milden Stiftungen[47]), der Staat und die Gemeinden[48]). Sie können sämmtlich durch Erbeinsetzung das Erbrecht erwerben. Kirchen und Klöstern wird sogar der Nachlaß ihrer Geistlichen, Mönche und Nonnen in Ermangelung anderer

---

44) Mühlenbruch a. a. O. S. 413.

45) Vgl. Note 5.

46) c. 1, c. 26 de ss. eccl. (1. 2), Nov. 131 c. 9. Vgl. Ulpian. fragm. XXII. § 6. Mühlenbruch a. a. O. S. 442 ff., Schirmer a. a. O. S. 29.

47) c. 22, c. 23 C. de ss. eccl. (1. 2), vgl. c. 35 c. 49 C. de episc. (1. 3). Die Frage, ob der Testator durch Erbeinsetzung auch eine pia causa stiften kann, gehört nicht in die Lehre von der Erbfähigkeit, sondern in die Lehre von den letztwilligen Dispositionen. Hier soll daher nur bemerkt werden, daß die herrschende Praxis diese Frage bejaht, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 97, Bd. 11 Nr. 9, Bd. 14 Nr. 103 S. 151 Note 2, Bd. 16 Nr. 232.

48) c. 12 C. de hered. inst. (6, 24). Ueber das ältere Recht ist zu vergleichen Ulpian. fragm. XXII. § 5, Plinii epistol. V. 7, l. 20 D. ad S. C. Treb. (36. 1), l. 1 § 1 D. de libert. univers. (38. 1). Die Erbfähigkeit des Fiscus wird als selbstverständlich in unsern Quellen nirgends noch besonders erwähnt, vgl. Florus I. 35, Vellei. II. 4, Schirmer a. a. O. S. 29 Note 10. — Ueber die heute antiquirte c. 1 C. de Judaeis (1. 9), welche die Judengemeinden für erbunfähig zu erklären scheint, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 252 ff.

Erben ab intestato deferirt[49]). Außerdem darf aber die Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen nur auf Grund ſpecieller Conceſſion anerkannt werden[50]). Blos Vermächtniſſe können ſie alle ohne Unterſchied erwerben[51]).

Bei dem beſchränkten Umfange, in welchem heute die Erbfähigkeit einer Perſon noch in Frage kommen kann, haben natürlich auch die Vorſchriften über die Zeitpunkte, zu denen ſie vorhanden ſein muß, im gemeinen Rechte die Bedeutung nicht behalten können, welche ſie im römiſchen Rechte hatten.

Für die Inteſtaterbfolge beſtimmt das römiſche Recht, daß der Erbe im Augenblick der Delation, und von da ab ununterbrochen bis zur Acquiſition der Erbſchaft ſucceſſions-

49) c. 20 C. de episc. (1. 3), Nov. 131 c. 13. Vgl. Sintenis a. a. O. § 165 Note 5.

50) c. 8 C. de hered. inst. (6. 24) Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. Die Anſicht, daß Juſtinian durch ſeine const. de incertis personis die Erbeinſetzung jeder erlaubten Corporation geſtattet habe, findet ihre Widerlegung in dem Nomokanon des Photius tit. 2 cap. 2, wo der hierher gehörige Theil jener Conſtitution nach der Ueberſetzung von Auguſtinus ſo angegeben wird: Valet, quod relinquitur licito collegio aut corpori, utputa senatoribus aut curiae aut apparitoribus ... aut aliis personis. Partes autem aequis portionibus singuli capiunt, qui tempore mortis in eorum numero reperiuntur, nisi nominatim testator partes tribuerit. Hiernach war in dem Geſetze Juſtinian's nicht von der Honorirung der Corporation als juriſtiſcher Perſon, ſondern von der Einſetzung ihrer zur Todeszeit des Teſtators vorhandenen Mitglieder die Rede, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 434 ff., v. Vangerow a. a. O. § 429 Anm. 3 a. E., Heimbach a. a. O. S. 69 ff.

51) l. 20 D. de reb. dub. (34. 5). Cum senatus temporibus Divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur; cui autem non licet, si legetur, non valebit, nisi singulis legetur; hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum. l. 93 D. de legat. (32).

fähig ſein muß[52]). Dieſe Beſtimmung hindert im Falle einer inceſtuoſen Ehe die Berufung der oben erwähnten Perſonen, ſofern nicht nachträglich das Ehehinderniß durch Dispenſation beſeitigt und den früher erzeugten Kindern die Legitimation zu Theil geworden iſt[53]). Im Uebrigen zieht ſich jene Vorſchrift heute bei allen phyſiſchen, und bei den juriſtiſchen Perſonen, für welche ausnahmsweiſe eine Inteſtaterbfolge zugelaſſen iſt, in den Satz zuſammen, daß dieſelben ſchon gleichzeitig mit dem Erblaſſer und noch zur Zeit der Delation exiſtiren müſſen, und daß ſie vor der Acquiſition nicht ſterben, beziehungsweiſe nicht aufgelöſt werden dürfen, wenn ihr Erbrecht Beſtand haben ſoll.

Bei der teſtamentariſchen Erbfolge — und dieſer ſteht die vertragsmäßige gleich[54]) — muß der inſtituirte Erbe zu drei Zeitpunkten erbfähig ſein: zur Zeit der Erbeinſetzung, zur Zeit der Delation und zur Zeit der Acquiſition der Erbſchaft[55]). Vom zweiten bis zum dritten Zeitpunkt muß die Erbfähigkeit ununterbrochen vorhanden ſein, ihre Unterbrechung zwiſchen dem erſten und zweiten iſt dagegen unſchäd-

52) l. 1 § 4 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit . . .

53) Vgl. Richter, Lehrb. des Kirchenr. § 266 a. E.

54) Beſeler, Die Lehre von den Erbverträgen II, 1 S. 256.

55) l. 49 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum iis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et quum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. l. 50 pr. D. eod. § 4 J. de hered. qual. (2. 19).

lich; es genügt, daß ſie dem Erben im Moment der Delation wieder zuſteht, alſo beim Tode des Teſtators oder, im Fall einer bedingten Einſetzung, beim Eintritt der conditio[56]). In ihrem ganzen Umfange können dieſe Regeln heute nur noch auf juriſtiſche Perſonen zur Anwendung kommen. Die Erbeinſetzung einer erbunfähigen Corporation iſt nach ihnen nichtig, auch wenn ſie unter der Bedingung künftiger Erbfähigkeit gemacht iſt[57]); denn dieſe Bedingung läßt das

---

56) l. 49 § 1 D. eod. . . . medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testateris **vel conditionem institutionis existentem** mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus. l. 6 § 2 D. eod. Solemus dicere, media tempora non nocere, utputa civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus mox civitatem Romanam pervenit; media tempora non nocent. l. 59 § 4 D. eod. Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, **aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit.** Aus dieſen Stellen widerlegt ſich die u. A. von **Sintenis** a. a. O. § 160 aufgeſtellte Anſicht, auch der sub conditione inſtituirte Erbe müſſe bereits zur Todeszeit des Erblaſſers erbfähig ſein, weil ſonſt der Erwerb der Erbſchaft nicht auf dieſen Zeitpunkt zurückbezogen werden könne, l. 193 D. de R. J. (50. 17), l. 138 pr. D. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. (29. 2). Die Theorie von der ſ. g. rückwirkenden Kraft des Erbſchaftsantritts iſt in der That dem römiſchen Rechte fremd, vgl. **meine** Erbſchaft S. 123 ff. Wenn dem aber auch nicht ſo wäre, ſo würde ſie doch jedenfalls hier dem Ausſpruch der Quellen gegenüber ceſſiren müſſen, **Puchta**, Vorleſ. §§ 448—450.

57) l. 201 D. de R. J. (50. 17). Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint. Vgl. Note 55 und 56. **Mühlenbruch** a. a. O. S. 144 ff. behauptet für die l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5) eine Uſualinterpretation, nach welcher dieſelbe von der **Erbfähigkeit** verſtanden werde, wiewohl ſie in der That nur von der **Capacität** ſpreche. Er hält deshalb heute die Einſetzung eines Erbunfähigen unter der Bedingung künftiger Erbfähigkeit für zuläſſig; ebenſo

römische Recht nur im Soldatentestament zu[58]). Eine temporäre Entziehung der Erbfähigkeit nach der Testamentserrichtung macht dagegen die Einsetzung der Corporation nicht ungültig, sofern sie nur bis zur Delation wieder erbfähig geworden und dies bis zum Erwerb der Erbschaft geblieben ist. Die incestuosi stehen nur insofern unter jenen Regeln, als ihre Erbesernennung trotz später eintretender Dispensation und Legitimation gleichfalls ungültig bleibt; war diese aber schon vor der Errichtung des Testamentes erfolgt, so ist heute weder bei ihnen noch bei einer anderen physischen Person eine mutatio iuris möglich, durch welche ihnen die Erbfähigkeit wieder entzogen würde. Abgesehen von den incestuosi gehen deshalb auch hier die römischen Bestimmungen allen physischen Personen gegenüber gemeinrechtlich in dem Grundsatz auf, daß der Testamentserbe schon bei Lebzeiten des Testators in rerum natura existiren, die Delation erleben und, sofern sie nicht erlöschen soll, bis zur Acquisition der Erbschaft fortleben muß.

Wie die Lehre von der Erbfähigkeit, so hat auch die Lehre von der Capacität im heutigen Rechte eine viel einfachere Gestalt erhalten.

Von den oben angeführten Incapacitätsfällen wurden nämlich diejenigen, welche sich in der lex Julia et P. P. und

---

Mayer, Erbrecht I. S. 45. Mühlenbruch beruft sich auf die Glosse und eine Anzahl Juristen, welche die l. 62 pr. cit. auf die Erbfähigkeit beziehen, ohne den dagegen erhobenen Widerspruch in Abrede zu stellen. Unter diesen Umständen wird man hier statt von einer Usualinterpretation nur von einem wissenschaftlichen Irrthume sprechen können. Die herrschende Doctrin erklärt sich deshalb auch gegen die Ansicht Mühlenbruch's, vgl. Puchta, Pand. § 471, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 492 Note 2, im Rhein. Mus. Bd. 5 S. 212 u. im Rechtslexik. Bd. 3 S. 909 ff.

58) l. 13 § 2 D. de test. milit. (29. 1), c. 5 C. eod. (6. 21).

in der Latinität gründeten, ſchon im ſpäteren römiſchen Rechte aufgehoben[59]). Die von Domitian eingeführte Incapacität der mulieres probrosae ſtand zwar noch im Juſtinianeiſchen Rechte in Geltung, in der gemeinrechtlichen Praxis hat ſie aber keine Aufnahme gefunden[60]). Demnach giebt es heute keinen Fall mehr, wo Jemand in solidum incapax iſt. Juſtinian's Vorſchriften, welche die Capacität gewiſſer Perſonen blos beſchränken, ſind dagegen bis auf eine im gemeinen Rechte ſtehen geblieben. Juſtinian beſtimmte:

1) Wer bei ſeinem Tode rechtmäßige Deſcendenten hat, kann durch letzten Willen ſeinen Concubinenkindern und deren Mutter zuſammen nur $^1/_{12}$, der Concubine allein nur $^1/_{24}$ ſeiner Erbſchaft zuwenden. Was er denſelben mehr hinterläßt, ſind ſie unfähig zu erwerben, und fällt den rechtmäßigen Kindern zu. Stehen ihnen aber ſolche Kinder nicht gegenüber, ſo haben ſie volle Capacität; ſonſtige legitime Verwandten des Teſtators verkürzen dieſelbe nicht[61]). Die Novelle, welche dieſe Beſtimmung enthält, ſpricht nur von den liberi naturales im e. S., nicht von spurii. War bei dieſer Beſchränkung die Meinung des Geſetzgebers maßgebend, daß nicht im Concubinat erzeugte uneheliche Kinder und deren Mutter, weil ſie außer dem Hauſe des Vaters leben, dieſem zu fern ſtehen, um ſeinen legitimen Kindern gefährlich zu werden, ſo wird heute die Novelle als unanwendbar betrachtet werden müſſen: denn Perſonen, welche die von ihr vorausgeſetzte juriſtiſche Eigenſchaft haben,

---

59) C. VIII. 58: de infirmand. poen. coelib. et orbit. et decimar. sublat. — c. un. C. de latin. libert. toll. (7. 6). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 180.

60) Mühlenbruch a. a. O. S. 276, Sintenis a. a. O. § 167 Note 15.

61) Nov. 89 c. 12 §§ 2, 3. 7.

giebt es nicht mehr, nachdem durch das canonische Recht und durch Reichsgesetze dem Concubinat seine rechtliche Existenz entzogen ist. Wenn dagegen Justinian seine Vorschrift, wie nicht bezweifelt werden kann, nur deshalb auf die liberi naturales beschränkte, weil die Feststellung der Vaterschaft für spurii gesetzlich unzulässig war, so wird die Novelle heute, wo der Beweis des Beischlafs in der gesetzlichen Conceptionszeit die Paternität zur juristischen Gewißheit bringt, auf uneheliche Kinder überhaupt anzuwenden sein, sofern nur jener Beweis geführt ist. Unsere Theorie und Praxis hat sich bald den ersten [62]), bald den zweiten Gesichtspunkt [63]) angeeignet, so daß die Ansichten über die Anwendbarkeit des Gesetzes getheilt sind.

2) Wer einen Wittwer oder eine Wittwe geheirathet hat, kann von diesem coniux binubus letztwillig nicht mehr erhalten, als derselbe dem geringst bedachten Kinde erster Ehe hinterlassen hat; nur der Betrag, welcher einem Kinde, das enterbt werden konnte, zugewandt ist, giebt keinen Maßstab. Das dem zweiten Ehegatten zu viel Gewährte gelangt an die Kinder erster Ehe zu gleichen Theilen, jedoch mit Ausschluß derer, die hätten enterbt werden können. Sind die Kinder erster Ehe verstorben, so nehmen die Kindeskinder deren Stelle ein [64]). Es zählt daher auch bei der Bestimmung

62) Mühlenbruch a. a. O. S. 334, v. Vangerow a. a. O. § 429 Anm. 2, Sintenis a. a. O. § 167 Note 15, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 223, Bd. 8 Nr. 68, Bd. 11 Nr. 262.

63) Puchta, Pand. § 471 Note d, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 492 Note 5 und im Rechtslexik. Bd. 3 S. 917, Brinz, Lehrb. d. Pand. S. 861 a. E., Leyser, Med. ad Pand. Spec. 356 med. 12, Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 64.

64) Nov. 22 c. 27, c. 6 pr. C. de sec. nupt. (5, 9). Die Meinung, daß auch der zweite Ehegatte mit theile, beruht auf einer falschen Erklärung der Worte: hoc autem, quod plus est, di-

des Kindestheils, welcher dem zweiten Ehegatten hinterlassen werden darf, jeder Enkelstamm blos für Eine Person[65]). Ob das gesetzliche Maß der Zuwendung überschritten ist, wird bemessen nach dem Stande, welchen das Vermögen des binubus zur Zeit seines Todes hatte[66]). Diese Vorschrift steht heute unbestritten in Geltung[67]).

3) Wer sich mit einer Wittwe während des Trauerjahrs verheirathet, kann durch letzten Willen von ihr nicht mehr als ein Dritttheil ihres Vermögens erwerben. Was ihm darüber hinaus hinterlassen ist, fällt den übrigen Testamentserben zu[68]). Diese Vorschrift ist durch das canonische Recht aufgehoben[69]).

Auf die beiden Fälle der Incapacität, welche hiernach dem gemeinen Rechte noch angehören, kommen die

---

vident ad invicem grati filii parentibus; es ergiebt sich dies aus den voraufgehenden Worten: competit filiis et inter eos solos ex aequo dividitur. Ist den Kindern erster Ehe weniger als der Pflichttheil hinterlassen, so muß dieser als hinterlassen angenommen werden und daher dem zweiten Ehegatten ebensoviel verbleiben, Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 173.

65) Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 63, Bd. 16 Nr. 120.

66) Nov. 22 c. 28.

67) Vgl. Glück's Commentar Bd. 24 S. 140 ff., Bd. 39 S. 347, Holzschuher, Theorie und Casuistik d. gem. Civilr. Bd. 1 § 65, S. 696, Geiger in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 19 S. 198 ff. Diesen Nachtheil der zweiten Ehe kann auch der coniux praemoriens von dem überlebenden Ehegatten nicht abwenden. Seine Bestimmung, daß dieser seinem zweiten Gatten solle mehr zuwenden dürfen, als dem geringstbedachten Kinde erster Ehe, ist ganz bedeutungslos: denn der gesetzliche Anspruch der Kinder erster Ehe ist nirgends von der Willkür des coniux praemoriens abhängig gemacht, vgl. Glück a. a. O. S. 163, Holzschuher a. a. O. S. 700, Geiger a. a. O. S. 224. — Vgl. auch Blätt. f. Rechtsanw. Bd. 19 S. 138. Bd. 25 S. 382.

68) Nov. 22 c. 22 pr. Vgl. Note 25 und Note 27.

69) cap. 4 X. de sec. nupt. (4. 21). Vgl. Note 34.

Regeln des römischen Rechts natürlich auch dann zur Anwendung, wenn der Erblasser durch Erbvertrag statt durch Testament über seinen Nachlaß verfügt hat. Es handelt sich hier nicht um eine formelle, sondern um eine materielle Beschränkung der fraglichen Personen zu Gunsten Anderer. Deshalb ist es gleichgültig, durch welche Disposition, ob durch Erbeinsetzung, Vermächtniß u. s. w., die Zuwendung an sie erfolgt, und deshalb muß auch das Errichtungsgeschäft irrelevant sein, welches für die Disposition gewählt ist[70]).

Es ist bereits oben erwähnt, daß die Honorirung eines incapax nicht schon von vornherein, soweit sie das gesetzliche Maß überschreitet, ungültig ist, sondern, daß sie zu diesem Theile erst wirkungslos wird, wenn die Capacität dem Honorirten auch noch im Moment der Delation fehlt. Nur die Erbfähigkeit muß schon zur Zeit der Honorirung existiren, ob der Honorirte capax ist, ob ihm also das gültig Ausgesetzte auch ganz deferirt werden kann, das darf nach der Natur der Sache juristisch nicht früher in Frage kommen, als im Moment, wo es ihm deferirt werden soll[71]): nur eine zu dieser Zeit vorhandene Incapacität hindert die Delation pro parte. Vorhanden ist aber die Incapacität zu dieser Zeit nur dann, wenn auch jetzt noch die Verhältnisse existiren, welche sie begründen[72]). Demnach haben sowohl die unehelichen Kinder und ihre Mutter wie der zweite Ehe-

70) Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 204.

71) l. 52 D. de legat. (31). Terent. Clem. lib. 3 ad leg. Jul. et Pap. Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat. Das nach der Erbeinsetzung legitimirte uneheliche Kind ist also insolidum capax.

72) l. 78 D. de hered. inst. (28. 5). Seius Maevium ex parte, quam per leges capere possit, heredem instituit, ex reliqua Titium; si Maevius solidum capere poterit, Titius adiectus aut substitutus heres non erit. l. 79, l. 80 D. eod.

gatte volle Capacität, wenn bei der Delation an sie die legitimen Descendenten des Erblassers, beziehungsweise seine Kinder und Enkel aus erster Ehe nicht mehr am Leben sind.

Nach der bisherigen Entwickelung sind es zwei wesentliche Punkte, in denen sich die Erbunfähigkeit und die Incapacität von einander unterscheiden. Jene entzieht schon der letztwilligen Disposition selbst ihre Gültigkeit, diese dagegen verkürzt eventuell blos die Delation aus derselben; und der wegen Erbunfähigkeit des Honorirten vacante Erbtheil gelangt nach den gewöhnlichen Regeln an die anderweitigen Erben, während an dem, was ein incapax nicht zu erwerben vermag, nur gewisse unter den vom Erblasser berufenen Personen participiren. Diese Verschiedenheit geht aber in der That noch weiter. Die Incapacität cessirt, wenn die Personen, zu deren Gunsten sie besteht, vom Testator gültig enterbt sind: denn der Schutz, der ihnen hier gegen eine Schmälerung der Erbfolge gewährt werden soll, hat ihren Anspruch auf Theilnahme an derselben zur nothwendigen Voraussetzung[73]). Ferner tritt die Incapacität selbstverständlich auch dann zurück, wenn dem incapax eine insolvente Erbschaft hinterlassen worden ist[74]), und wenn er das ihm Zu-

73) Die c. 10 C. de sec. nupt. (5. 9) spricht dies direct aus in Bezug auf das Verhältniß der Kinder erster Ehe und des zweiten Ehegatten. Und aus der Nov. 89. c. 12 § 3 ergiebt sich gleichfalls, daß die Incapacität der liberi naturales bedingt ist durch den Anspruch der rechtmäßigen Kinder auf den Pflichttheil. Die Ausführung Mühlenbruch's a. a. O. S. 325 ff., nach welcher das Testament nichtig sein soll, wenn der Testator seine legitimen Descendenten gültig enterbt und seine natürlichen Kinder instituirt hat, bedarf keiner besonderen Widerlegung.

74) l. 72 D. de hered. inst. (28. 5). Terent. Clem. lib. 4 ad leg. Jul. et Pap. Si quis solidum a lege capere non possit, et ex asse sit institutus ab eo, qui solvendo non est, Julianus ex asse eum

gewandte an einen capax reſtituiren ſoll[75]). Alle dieſe Umſtände heben die Erbunfähigkeit nicht auf.

Nach dem Wortlaute der Quellen iſt die rechtliche Lage des Erbunfähigen und des incapax auch noch in einer anderen Richtung eine verſchiedene. Bei jenem läßt das römiſche Recht die Einſetzung unter der Bedingung der künftigen Erbfähigkeit nicht zu[76]), bei dieſem hat es dagegen Honorirungen auf den Fall und die Zeit, wo er dereinſt capax ſein werde, geſtattet[77]). Allein die Inſcription und der Inhalt einer Stelle, in welcher von dieſer Conceſſion Anwendung gemacht iſt, weiſen darauf hin, daß ſich dieſelbe zunächſt nur auf die Incapacitätsfälle der lex Julia et P. P. bezog[78]). Hier handelte es ſich um eine Strafe des Cölibats und der Orbität, die billigerweiſe zu ſuspendiren war, wenn die Dispoſition des Teſtators zeigte, daß er ſelbſt die Zwecke des Geſetzes fördern wollte, alſo wenn er Ehe- oder Kinderloſe auf die Zeit ihrer Capacität einſetzte und dadurch die Zuwendung an ſie von der conditio nuptiarum oder liberorum abhängig machte. Einen gleichen Charakter hatte die ſpäter eingeführte Incapacität der mulieres probrosae. Auch ſie iſt eine Strafe, durch welche das Geſetz

---

heredem esse respondit: legi enim locum non esse in ea hereditate, quae solvendo non est.

75) l. 42 D. de legat. (31). Quum ei, qui partem capiebat, legatum esset, ut alii restitueret, solidum capere posse. l. 28 D. de legat. (32).

76) Vgl. Note 57.

77) l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5). Modest. lib. 2 Pand. In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: Lucius Titius, quum capere potuerit, heres esto; idem et in legato.

78) l. 51 pr. D. de legat. (31). Ulpian. lib. 8 ad leg. Jul. et Pap. Si ita quis testamento suo cavisset: illi, quantum plu-

dem unsittlichen Lebenswandel der Frauen entgegenwirken will. Da mit ihrer Einsetzung auf die Zeit der Capacität vom Testator ebenfalls nur ihre Besserung beabsichtigt werden konnte, so wurde dieselbe jetzt auch in diesem Falle ohne Zweifel für zulässig erachtet.

Anders verhält es sich aber mit den beiden Incapacitätsfällen, die allein in unser heutiges Recht übergegangen sind. Die Beschränkung des zweiten Ehegatten gegenüber den Kindern erster Ehe, und der unehelichen Kinder gegenüber der legitimen Descendenz bezweckt keine Strafe für jene, sondern lediglich Schutz für diese gegen Vergabungen an Personen, deren Concurrenz ihnen gefährlich werden kann. Dieser Schutz müßte, wie auf der Hand liegt, völlig illusorisch werden, wenn auch hier der Testator die incapaces auf die Zeit ihrer vollen Capacität, d. i. unter der Bedingung, daß sie den Tod der ihnen im Wege stehenden Personen erleben, über das gesetzliche Maß hinaus bedenken könnte. Er würde dann z. B. sogar seinen ehelichen Kindern auf ihre Todeszeit Universalfideicommisse zu Gunsten seiner unehelichen Kinder auferlegen dürfen, ohne an die gesetzliche Schranke gebunden zu sein. Schon diese Consequenz könnte darüber keinen Zweifel lassen, daß die römische Vorschrift über die Honorirung in tempus capiendae hereditatis auf die heutigen Incapacitätsfälle keine Anwendung finden darf. Ueberdies verbieten aber auch die bezüglichen Gesetze ausdrücklich jed-

---

rimum per legem accipere potest, dari volo; utique tunc, quum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum. Sed et si dixerit: quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare, idem erit dicendum. § 1. Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando tertiam partem consequi. Mühlenbruch a. a. O. S. 145 ff.

wede Dispoſition, die das geſetzliche Maximum überſchreitet[79]).

Es handelt demnach jeder Honorirte in fraudem legis, der ſich gegen den Teſtator anheiſchig macht, einem incapax mehr zu reſtituiren, als das Geſetz ihm zugewandt wiſſen will[80]). Einen ſolchen Betrug ahndet das römiſche Recht, außer bei Hauskindern, die dem Vater gehorchen müſſen, mit der Indignität[81]). Dieſe hindert weder die Delation an den indignus noch ſeine Agnition oder Repudiation[82]), aber gegen den Fiscus kann ſich ſein Erbrecht und damit auch deſſen Ausübung nicht behaupten[83]). Die Unwürdigkeit des Delaten begründet für den Fiscus eine Delation, vermöge deren er die Delation an jenen unwirkſam machen und den Gegenſtand derſelben an ſich ziehen kann[84]), analog dem Notherben,

79) c. 6 pr. C. de sec. nupt. (5. 9) . . . non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatisve iure sive legati vel fideicommissi titulo plus derelinquere. Nov. 22 c. 27 pr. — Nov. 89 c. 12 § 2 . . . sed et si quid amplius dare tentaverit quolibet modo, hoc fieri filiorum legitimorum.

80) l. 10 pr. D. de his quae ut indign. aufer. (34. 9). Gaius lib. 15 ad leg. Jul. et Pap. In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit.

81) l. 10 §§ 1, 2, l. 11, l. 18, l. 23 D. eod., l. 3 § 4 D. de iure fisci (49. 14).

82) l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14) . . . posse adire hereditatem constat. l. 18 § 1 D. de his quae ut indign. (34. 9) . . . ob aditam hereditatem actionibus aut servitutibus confusis.

83) c. 9 C. de his quae ut indign. (6. 35) . . . hi, qui iure vocantur, adire non vetantur, tamen si interitum non fuerint ulti, successionem obtinere non possunt.

84) l. 9 § 2 D. de his quae ut indign. (34. 9) . . . ex qua specie statim fisco deferetur. c. 4 C. eod. (6. 35) . . . merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco vindicata est.

welcher mit der Querel den Teſtamentserben verdrängt[85]). Dieſe Wirkung verbindet ſich mit der Indignität überall, nur daß in gewiſſen Fällen dem Fiscus zunächſt andere Perſonen vorgehen. Die Indignität iſt demnach ein Endigungsgrund des Erbrechts, der, jenachdem er vor oder nach der Ausübung deſſelben geltend gemacht wird, blos die Delation oder auch die Agnition und Repudiation aufhebt[86]).

IV. Unveräußerlichkeit der Delation *).

§ 6.

Nach vorjuſtinianeiſchem Rechte kann der Delat ſein geſetzliches Erbrecht durch in iure cessio übertragen [1]).

---

c. 9 C. eod . . . effectus successionis eius tibi auferatur. c. 8 C. eod . . . cum in illius quidem partem succedat fiscus. l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14) . . . posse adire hereditatem constat, sed denegatis ei actionibus fisco locus erit.

85) Vgl. Einleitung S. 112.

86) Das Nähere über die Indignität gehört daher in die Lehre von der Aufhebung der Delation.

*) Vgl. Glück, Ausführl. Erläuter. d. Pand. Bd. 16 S. 316, Bd. 43 S. 143 ff., Göſchen, Vorleſungen über das gem. Civilr. Bd. 3 S. 429 ff., Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 204 Note 1, § 206 Note 1, v. Scheurl, Beiträge zur Bearb. d. röm. Rechts Heft 1 S. 94 ff., meine Erbſchaft S. 92 ff., Bering, Röm. Erbr. S. 72 Note 2, S. 502, meine Abhandlung: Zur Lehre vom Erwerb der Erbſch. u. d. Verm. in d. Jahrbb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 175 ff.

1) Gaius II. 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Gaius III. 85. Ulpian. fragm. XIX. §§ 13, 14. Die Schlußworte von Gajus darf man nicht, wie es von Huſchke, Studien S. 233 und v. Scheurl a. a. O. S. 95 geſchieht, ſo verſtehen, als ob der

Dieſe Befugniß, an ſeiner Stelle einen Andern zum Delaten zu machen, gewährt ihm die Möglichkeit, eine ſucceſſive Delation herzuſtellen, wo dieſe im Fall ſeiner Repudiation nach dem Satze des civilen Inteſtaterbrechts: in legitimis hereditatibus successio non datur[2]) nicht eintreten konnte[3]). Dem Teſtamentserben ſteht eine gleiche Befugniß nicht zu. Die Uebertragung des teſtamentariſchen Erbrechts iſt vielmehr ein nichtiges Geſchäft[4]), weil der Erblaſſer durch das Teſtament nur eventuell die Inteſtaterbfolge ausſchließen will[5]); ſeine Veräußerlichkeit konnte

---

Vindicant ſchon durch die bloße in iure cessio Erbe werde. Dazu bedarf es noch des Antritts. Den Gegenſtand der in iure cessio kann nur das Recht bilden, welches der Cedent ſelbſt an der Erbſchaft hat, und daher auch nur dieſes Recht auf den Vindicanten übergehen. So lange alſo der Vindicant nicht angetreten hatte, war auch er befugt, die Delation von Neuem zu cediren. Mühlenbruch, Ceſſion S. 33, Puchta, Inſtitut. Bd. 3 S. 254 u. Pand. § 503.

2) Gaius III. 12. Paulus, R. S. IV. 8. § 23.

3) Es mag die in iure cessio der hereditas legitima zu einer Zeit entſtanden ſein, wo die Ausſchließung der successio graduum unter den Agnaten zu Gunſten der Gens wegen des Verfalls der Gentilität der öffentlichen Meinung nicht mehr entſprach, und wo es andererſeits doch unter den römiſchen Juriſten beſtritten war, ob der Prätor wie bei den Cognaten auch bei den Agnaten die successio graduum eingeführt habe, Gaius III. 28, ein Streit, der erſt unter Juſtinian ſeine definitive Erledigung fand, § 7 J. de legit. agnat. succ. (3. 2.). Vgl. Einleitung S. 7, S. 30, S. 48.

4) Gaius II. 36 Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit. Gaius III. 86.

5) Nach Leiſt, Die Bonorum Poſſeſſio Bd. 1 S. 112 ſoll im alten Recht auch bei der Repudiation des teſtamentariſchen Erben eine ſucceſſive Delation an den heres legitimus nicht Statt gefunden haben. Dieſer Anſicht ſtellt ſich ſchon der Umſtand entgegen, daß nach dem Wegfall der tutela testamentaria die tutela legitima eintritt, weil Tutel und Erbrecht hinſichtlich der Delation einander völlig gleich

deshalb nur durch die Berufung eines veräußerlichen Delaten ermöglicht werden, indem der Teſtator den Sclaven desjenigen inſtituirte, dem er die Erbſchaft zuwenden wollte[6]).

In Folge der bei den Römern anerkannten freien Geſtaltung des Familienbandes[7]) iſt es ein Grundſatz ihres Familienrechts, daß die Rechte, welche ſich in Familienverhältniſſen gründen, zwar unvererblich, aber veräußerlich ſind, ſelbſt dann, wenn ſich Pflichten mit ihnen verbinden. Alle römiſchen Familiengewalten waren neben ihrer Unvererblichkeit übertragbar[8]). Auch die Tutel, die urſprünglich nur ein Ausfluß des Familienbandes und deshalb gleichfalls unvererblich iſt, konnte, wo ſie lege über Frauen zuſtand, in iure cedirt werden[9]). Wenn die tutela mulierum fiduciaria, ſowie die tutela testamentaria und impuberum unveräußerlich waren, ſo lag der Grund dieſer Vorſchrift nicht in der juriſtiſchen Natur der Tutel. Bei der tutela testamentaria entſprach dies dem Willen des Teſtators, bei der Pupillentutel aber und bei der tutela mulierum fiduciaria entſchied die Erwägung, daß es ſich dort um eine Familienpflicht von kurzer Dauer, hier um eine freiwillig übernommene handle,

---

ſtehen, l. 11 §§ 1, 2 D. de testam. tut. (26. 2), Gaius I. 165, l. 73 pr. D. de R. J. (50. 17). Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt. In der That ſollte überdies nach civilem Inteſtaterbrecht nur unter den Agnaten keine successio graduum Statt finden; im Uebrigen war die ſucceſſive Delation nicht ausgeſchloſſen. Vgl. Einleitung S. 7 Note 16.

6) Gaius II. 189, Ulpian. fragm. XXII. § 13. Vgl. meine Erbſchaft S. 93 Note 7 u. Jhering in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 1 S. 49 Note 20.

7) Vgl. Einleitung S. 11.

8) Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 3 S. 12 ff. u. Mühlenbruch, Ceſſion S. 3 Note 5.

9) Gaius I. 168.

der deshalb Jeder passend selbst nachzukommen habe [10]). Solche Gründe standen der Veräußerlichkeit der gesetzlichen Frauentutel nicht entgegen, da hier der Tutor durch Rechtsvorschrift und auf die ganze Lebenszeit der Frau berufen wurde, also ein langjähriges onus auf sich zu nehmen hatte. Hier griff daher das für die Familienrechte geltende Princip Platz. Dem familienrechtlichen Charakter des Erbrechts gemäß, demzufolge es überall mit der Delation der Tutel zusammentraf [11]), war dieses Princip auch bei ihm zur Anwendung zu bringen: es mußte das Erbrecht also unvererblich [12]) und die hereditas testamentaria zugleich unveräußerlich sein, die hereditas legitima aber mußte vom Delaten auf andere Personen transferirt werden können.

Im Justinianeischen Rechte haben die familienrechtlichen Verhältnisse zum Theil eine Veränderung ihres Wesens erfahren. Die Tutel ist aus einer reinen Familiensache ein munus publicum geworden. Deshalb hätte jetzt von einer Uebertragbarkeit der tutela mulierum, wenn sie dem neusten Rechte noch bekannt gewesen wäre, nicht mehr die Rede sein können. Bei dem gesetzlichen Erbrecht ist aber eine solche Umbildung seines Wesens nicht eingetreten; es ist nach wie vor lediglich eine Folge des Familienbandes geblieben. Die rechtliche Gestalt der Familie hat sich zwar im Justinianeischen Rechte verändert, damit hat aber die hereditas legitima keine andere Natur, sondern nur andere

---

10) Gaius I. 168... pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur annosa, cum tempore pubertatis finiatur. 172. sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint.

11) Vgl. Note 5.

12) c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51).

Subjecte als bisher erhalten. Es kann sich deshalb nur fragen, ob durch den Untergang der in iure cessio dem gesetzlichen Erbrecht seine bisherige Veräußerlichkeit entzogen wurde[13]).

An und für sich entscheidet über die Veräußerlichkeit eines Rechtes seine eigene Natur, nicht die Fortdauer einer bestimmten Veräußerungsform. Es ist daher auch für andere res incorporales, die ursprünglich ebenfalls nur durch in iure cessio eingeräumt werden konnten, später der bloße Vertrag die Form der Rechtsübertragung geworden[14]). Ohne Weiteres läßt sich also aus dem Untergange der in iure cessio die Unveräußerlichkeit des gesetzlichen Erbrechts im Justinianeischen Rechte nicht folgern. Und im heutigen Rechte kann für dieselbe auch nicht der Umstand geltend gemacht werden, daß der Erblasser die Veräußerlichkeit des testamentarischen Erbrechts auf keine Weise mehr möglich machen könne. Denn diese Ungleichheit zwischen dem römischen und heutigen Rechte würde ihren Grund in dem Weg-

---

13) Die herrschende Ansicht nimmt dies um deswillen an, weil das Erbrecht als ein unvererbliches Recht auch seiner Natur nach unveräußerlich sei; seine Uebertragung im vorjustinianeischen Rechte habe daher als eine anomale nur kraft des imperium magistratus bewerkstelligt werden können, vgl. z. B. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 144 Note 16, Sintenis a. a. O. § 204 Note 1, v. Scheurl a. a. O. S. 100. In der That läßt sich aber einerseits aus der Unvererblichkeit eines Rechts kein Schluß auf seine Unveräußerlichkeit machen, und andererseits ist es unmöglich, daß die Veräußerung eines Rechtes, welches das ius civile als ein unveräußerliches betrachtete, demungeachtet durch das imperium magistratus auch iure civili Gültigkeit hatte; dies war bei der hereditas legitima der Fall, da ihre Uebertragung in einer Form des ius civile erfolgte.

14) Gaius II. 28—32.

falle des Sclavenrechts haben, der hier so wenig wie in andern Materien Rechtssätzen, die demselben nicht angehören, ihre Geltung zu entziehen vermag. Allein es kommt noch ein anderes entscheidendes Moment in Betracht[15]).

Die Römer sehen in der Uebertragung von Familienrechten, wie dies noch im Justinianeischen Rechte die Adoption bestätigt, eine privatrechtliche Handlung, die zugleich ein öffentliches Interesse hat. Deshalb fordern sie für dieselbe die Beobachtung einer bestimmten Form. Die Adoption, indem sie die Familienstellung des Adoptivkindes ändert, übt zugleich einen wesentlichen Einfluß sowohl auf seine gegenwärtigen Vermögensverhältnisse, wie auf seine Erbansprüche gegen andere Personen. Wegen dieser Folge ist sie durch die bei ihr vorgeschriebene Mitwirkung des Gerichts oder des Regenten ein unter öffentlichen Schutz gestellter Act. In gleicher Weise mußte dies auch die Veräußerung des Erbrechts sein. Denn es liegt auf der Hand, daß es für die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, sowie für die eventuell berufenen Erben von höchstem Interesse ist, über die Person des Delaten in Gewißheit zu sein und zu bleiben. Dieses Interesse würde völlig schutzlos werden, wenn die Delation durch einen bloßen Privatact auf jede beliebige Person übergehen und von ihr wieder an Andere formlos veräußert werden dürfte. Es läßt sich daher nicht bezweifeln, daß nach den Principien des römischen Rechts die Veräußerung einer deferirten Erbschaft nur unter öffentlicher Autorität zulässig erscheinen konnte. Daher mußte nach dem Untergange der in iure cessio eine andere öffentliche

15) In meiner Erbschaft S. 94 ist dies noch übersehen, und deshalb mit Puchta, Pand. § 503 und Rudorff ebenda Note c die heutige Veräußerlichkeit des gesetzlichen Erbrechts angenommen worden.

Uebertragungsform für das gesetzliche Erbrecht eingeführt werden, wenn es auch jetzt noch veräußerlich bleiben sollte. Dies ist im Justinianeischen Rechte nicht geschehen. Wo sonst bei Familienrechten die in iure cessio zur Anwendung kam, sind ihr anderweitige öffentliche Acte substituirt; bei der hereditas legitima hat sie keinen Ersatz erhalten. In den Institutionen Justinian's wird, obwohl ihnen doch vorzugsweise der Gajus zu Grunde lag, der Uebertragbarkeit derselben überhaupt nicht mehr gedacht, die einzige Digestenstelle aber, in der dies geschieht, spricht von der in iure cessio des alten Rechts und zwar so beiläufig, daß sich daraus ihre Aufnahme in die Justinianeische Gesetzgebung erklärt[16]). Nachdem der Satz: in legitimis hereditatibus successio non datur durch die successio graduum außer Anwendung gesetzt war, konnte sich ein Delat nicht leicht mehr bewogen finden, sein Erbrecht zu veräußern; es ist daher nicht auffallend, daß dieses Geschäft schließlich ganz in Vergessenheit gerieth.

Hiernach ist heute auch das gesetzliche Erbrecht um deswillen ein unveräußerliches Recht, weil seine Natur, wenn gleich nicht die Uebertragung überhaupt, doch die Uebertragung durch formlosen Vertrag ausschließt, ein öffentlicher Uebertragungsact aber dafür im Justinianeischen Rechte nicht existirt. Jedes darüber abgeschlossene Veräußerungsgeschäft ist demgemäß nichtig. Es kann dasselbe nicht etwa so behandelt werden, als wäre die acquirirte Erbschaft sein

16) l. 4 § 28 D. de doli except. (44. 4). Die c. 1 C. de revoc. his quae in fraud. credit. (7. 75), auf welche sich Rudorff a. a. O. noch beruft, spricht von Veräußerungen nach dem Erbschaftsantritt, vgl. § 3 Note 29. Dagegen enthält noch eine Beziehung auf die Veräußerung der Delation die l. 6 D. de R. J. (50. 17); siehe die Note 19.

Gegenstand[17]): denn die Conversion eines ungültigen Geschäfts in ein gültiges darf nur eintreten, wenn sie dem Willen der Parteien entspricht[18]). Wer die Delation veräußert, der zeigt aber deutlich, daß er nicht Erbe werden will[19]); es würde daher die Umwandlung des Geschäfts in eine Veräußerung der erworbenen Erbschaft seiner Absicht geradezu widerstreiten.

Durch die Unveräußerlichkeit des Erbrechts wird der Delat auf die Ausübung desselben beschränkt; weitere Befugnisse stehen ihm überhaupt nicht zu[20]).

V. Ausübung des Erbrechts.

1. Act der Ausübung. Antritt und Repudiation *).

§ 7.

Als eine bloße facultas acquirendi giebt das Erbrecht dem Delaten die alternative Befugniß, nach seiner Wahl die

---

17) Dieser Ansicht ist z. B. Göschen a. a. O. S. 430 und Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 Note 65. Dagegen erklärt sich Puchta, Pand. § 503 Note d.

18) Vgl. Puchta, Pand. u. Vorl. § 67, Windscheid, Lehrb. d. Pandectenr. Bd. 1 § 82 sub 5.

19) l. 6 D. de R. J. (50. 17). Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem.

20) Die Unveräußerlichkeit des Erbrechts wird namentlich auch in dem Falle wichtig, wo Jemand, z. B. ein Auswanderer, Erbschaften, die ihm von unbestimmten Personen in Aussicht stehen, durch einen s. g. Erbschaftsvertrag an einen Andern veräußert hat, vgl. § 4 Note 49. Hier wird dieser nicht etwa demnächst an seiner Stelle Delat, sondern erhält nur einen persönlichen Anspruch auf Ueberlassung der Erbschaftsrechte, so daß er aus diesen nicht klagen kann, bevor sein Contrahent die Erbschaft angetreten hat, vgl. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 17 S. 205.

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar. Bd. 42 S. 396 ff. S. 467 ff., Bd. 43 S. 103 ff. Hunger, Das röm. Erbr. § 142, § 143, § 151. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183,

Erbschaft zu erwerben oder auszuschlagen[1]). Die Ausübung des Erbrechts kann daher auf zwiefache Weise geschehen: durch den Antritt der Erbschaft, oder durch ihre Repudiation[2]). Wie es die Erbschaft ist, welche der Delat agnoscirt, so ist es auch die Erbschaft, welche er repudiirt, nicht das Erbrecht: denn man kann nur das repudiiren, was man zu erwerben vermag, nicht, was man schon erworben hat[3]). Wer repudiirt, verzichtet also auf die Erbschaft, indem er, wie der Antretende, von seinem Erbrecht durch die Wahl, zu der es ermächtigt, Gebrauch macht. Es ziehen deshalb Repudiation und Antritt auch dieselbe Wirkung für das Erbrecht nach sich; dieser führt wie jene den Untergang desselben herbei. Wer einmal repudiirt hat, kann demnach nicht mehr antreten, und wer angetreten hat, nicht mehr repudiiren[4]): denn ein Recht, dessen Ausübung nur in einer Wahl be-

---

§ 201 sub 3. Brinz, Lehrb. d. Pand. § 194, § 199. Vering Röm. Erbr. S. 486 ff. Meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erwerb d. Erbsch. u. d. Verm. in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 135 ff., S. 170—181.

1) § 5 J. de hered. qual. (2. 19.) Vgl. § 3 Note 7.

2) Gaius II. 169. l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Vgl. § 3 Note 1. Für repudiare hereditatem kommt in den Quellen auch omittere hereditatem vor. Indessen hat der Ausdruck omittere hereditatem noch eine andere Bedeutung; es wird darunter auch die Nichtausübung des Erbrechts, insbesondere die Unterlassung des Antritts während der Cretionsfrist verstanden, Brisson. s. v. omittere. Vgl. auch Leist, Observ. ad leg. 76 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2).

3) l. 1 § 7 D. de succ. edict. (38. 9)... quia, quod acquisitum est, repudiari non potest.

4) c. 4 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Sicut maior quinque et viginti annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit. c. 3 C. eod. § 5 J. de hered. qual. (2. 19); vgl. l. 1 § 6 D. de succ. edict. (38. 9), c. 1 C. de rep. h. p. (6. 19).

ſteht, wird nothwendig durch einmalige Ausübung verzehrt[5]). Zwar kommt auch nach dem Antritt des Delaten noch ſein Erbrecht in Betracht, aber nicht als ein Anſpruch, der beſteht, ſondern nur als ein ſolcher, der beſtanden hat, nämlich als die iusta causa, aus welcher er jetzt das Subject der erbſchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten iſt[6]). Dieſe hat er auf Grund, aber auch an Stelle ſeines bisherigen Erbrechts. Es verhält ſich daher mit dem Erbrecht nach dem Antritt wie mit der Obligation nach der Zahlung; beide werden zum bloßen Erwerbstitel für andere Rechte.

Die Ausübung des Erbrechts erfolgt alſo durch eine bloße Willenserklärung, welche auf den Antritt oder auf

---

5) Es verhält ſich hier ebenſo wie beim legatum optionis und alternativum, l. 5 pr. D. de legat. (30). Servi electione legata, semel duntaxat optare possumus. l. 20 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5)... si is dixisset, quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumsit, quoniam res continuo eius fit, simulac dixerit eam sumere. l. 84 § 9 D. de legat. (30)... quum autem semel heres dixerit, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. l. 11 § 1 D. de legat. (31). Auch ſonſt geht überall das einer Perſon zuſtehende Wahlrecht ſeiner Natur gemäß durch einmalige Ausübung unter, M. A. Senecs, Controvers. lib. III. controv. 23. Optio inquit., semel puellae datur; immutabilis est semel emissa. Judex, quam tulit de reo tabellam, revocare non potest; quaesitor non mutabit pronuntiationem suam... Si volet et alteram suam optionem revocare et deinde tertiam, nunquam constabit, quid futurum sit, cum illa, quid optaverit, possit sequenti semper optione rescindere.

6) l. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43. 19)... in cuius locum hereditate vel emtione aliove quo iure successi. l. 37 D. de contr. emt. (18. 1). c. 1 C. si quis ignor. (5. 73)... in iura tutoris hereditario vel honorario titulo successit. Vgl. § 3 Note 3.

die Repudiation gerichtet iſt [7]). Dieſe Erklärung fordert Dispoſitionsfähigkeit des Delaten [8]), iſt aber an keine Form gebunden. Wie ausdrücklich in beliebiger Weiſe, mündlich oder ſchriftlich, kann ſie auch ſtillſchweigend durch concludente Handlungen geſchehen [9]), und braucht nicht an die betheiligten Perſonen gemacht zu werden; wird ſie in Frage geſtellt, ſo genügt der Nachweis, daß ſie irgendwo abgegeben iſt [10]). Der ausdrückliche Antritt heißt hereditatis aditio im e. S., der ſtillſchweigende pro herede gestio [11]), wäh-

---

7) § 7 J. De hered. qualit. (2. 19) ... Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Gaius II. 169.

8) l. 8, l. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 11 D. de auct. et cons. tut. v. curat. (26. 8), c. 5 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Vgl. § 3 S. 260 u. § 14.

9) § 7 J. de hered. qual. (2. 19). Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. l. 95 D. de A. v. O. H. (29. 2). Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis. l. 6 pr. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). Recusare non tantum praesentes, sed etiam absentes, vel per epistolam possunt. Vgl. Strippelmann, Entſcheid. des O.-A.-G. zu Caſſel B. 5 S. 356, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 268. — Daß heute die Vorſchriften über die Ausübung des prätoriſchen Erbrechts ohne praktiſche Bedeutung ſind, iſt bereits § 4 S. 282 ff. nachgewieſen. Ueber die cretio des älteren Rechts, die Theodoſius aufhob, c. 17 C. de iure delib. (6. 30), ſiehe Gaius II. 164 sqq. und Ulpian. fragm. XXII § 27 sqq.

10) Strippelmann a. a. O. S. 356, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 75. Es handelt ſich hier um Ausübung eines Rechts an der Erbſchaft; zu den dabei intereſſirten Perſonen ſteht der Delat in gar keinem rechtlichen Verhältniß. Durch die Erbittung einer Deliberationsfriſt iſt ihnen aber die Möglichkeit gegeben, von ſeiner Willensmeinung Kenntniß zu erhalten.

11) Vgl. z. B. l. 69 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 22 § 14 C. de iure delib. (6. 30). Das ältere Recht unterſcheidet die cretio,

rend es für die stillschweigende Repudiation keinen besondern Namen giebt.

Zur hereditatis aditio genügt jede Willensäußerung des Delaten, die nach den dabei gebrauchten Ausdrücken und nach den concreten Umständen unzweideutig seinen bestimmten Willen, Erbe zu sein, enthält. Die pro herede gestio fordert eine Handlung des Delaten, die ihn als Erben erscheinen läßt, und aus der man deshalb seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, folgern muß [12]). Ob eine solche concludente Handlung vorliegt, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall [13]). Unbedingt beweisen die pro herede gestio lediglich solche Handlungen, die der Delat überhaupt nur als Erbe, nicht citra nomen et ius heredis vornehmen kann; eine Protestation darf hier als protestatio facto contraria keine Berücksichtigung finden [14]). Bei Hand-

---

die pro herede gestio und die nuda voluntas suscipiendae hereditatis, Gaius II. 167. Später wird die letztere auch unter der pro herede gestio im w. S. mit begriffen, § 7 J. de hered. qual. (2. 19.), c. 12 C. de iure delib. (6. 30).

12) § 7 J. de hered. qual. (2. 19) ... Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro domino appellabant. l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. § 7 J. l. c... Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove... Ulpian. fragm. XXII. § 26... aut servis hereditariis cibaria dat.

13) l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2)... Et generaliter Julianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non tam esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres.

14) l. 20 § 4 D. eod... tunc pro herede geri dicendum esse ait, quoties accipit, quod citra nomen et ius heredis accipere non poterat. Solche Handlungen sind z. B. die vom Delaten auf Grund des Erbrechts geforderte Ueberschreibung von Immo-

lungen, aus denen zwar an und für ſich ſeine Abſicht, Erbe zu ſein, geſchloſſen werden muß, denen jedoch auch eine andere Intention zu Grunde liegen kann, wird die pro herede gestio blos präſumirt; läßt ſich in Folge einer Proteſtation oder ſonſt ein anderer animus des Delaten nachweiſen, ſo erhält die Handlung durch dieſen ihren rechtlichen Charakter[15]). Aus Handlungen, die dem Erben rechtlich nicht zuſtehen[16]), und aus Handlungen, zu denen der Delat berechtigt oder verpflichtet iſt, er mag die Erbſchaft erwerben oder nicht[17]), kann ſeine Abſicht, anzutreten, nicht gefol-

---

billien, Erlaß oder Abtretung von Erbſchaftsforderungen, Anſtellung der Erbſchaftsklage ꝛc., Strippelmann a. a. O. S. 382. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 76, Bd. 11 Nr. 161.

15) l. 20 pr. D. eod... Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus apparet, non videri pro herede gessisse. § 1... Servos hereditarios pavit, iumenta aut pavit aut distraxit, si hoc ut heres gessit, pro herede, aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat, quid fecit consulens, ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse. Proinde et si fundos aut aedes locavit vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres extiturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit. l. 21 pr. D. eod. Si quis extraneus rem hereditariam quasi surripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit: nam admissum contrariam voluntatem declarat. l. 78 D. eod. Vgl. Strippelmann a. a. O. S. 367, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 76, Bd. 9 Nr. 312, Bd. 14 Nr. 146.

16) z. B. Aneignung einer nicht zur Erbſchaft gehörigen Sache.

17) Hierher gehört namentlich für die Deſcendenten des Erblaſſers die Ausübung des ius sepulcrorum (§ 1. S. 198) und für ſeine berufenen Erben überhaupt die Erfüllung der Beerdigungspflicht. Dies iſt eine Liebespflicht, die der Delat als ſolcher hat, l. 12 § 4 D. de relig. (11. 7). Vgl. auch Heuſer, Annal. Bd. 1 S. 454.

gert werden; bei ihnen wird deshalb auch eine pro herede gestio nicht vermuthet[18]). Sind aber dieſe Handlungen erweislich mit dem Willen des Antritts vorgenommen worden, ſo iſt für ihre Beurtheilung nicht ihre eigene Beſchaffenheit, ſondern dieſer Wille maßgebend; durch ihn werden ſie zur pro herede gestio qualificirt[19]).

Dieſelben Grundſätze gelten für die Erklärung der Repudiation. Sie geſchieht gleichfalls durch jede Willensäußerung und durch jede Handlung des Delaten, wodurch ſeine Abſicht, die Erbſchaft nicht haben zu wollen, unzweifelhaft an den Tag gelegt wird[20]).

---

18) l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si sepulcri violati filius aget, quamvis hereditarii, quia nihil ex bonis patris capit, non videtur bonis immiscere; haec enim actio poenam et vindictam potius, quam rei persecutionem continet. l. 4 pr. D. de relig. (11. 7). Scriptus heres, priusquam adeat hereditatem, patremfamilias mortuum inferendo locum facit religiosum. Nec quis putet, hoc ipso pro herede eum gerere; finge enim, adhuc eum deliberare de adeunda hereditate. l. 14 § 8 D. eod. Plerique filii, quum parentes suos funerant, vel alii, qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede geritio neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse necessarii, vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari, pietatis gratia facere se sepulturam.

19) l. 21 § 1 D. de A v. O. H. (29. 2). Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, utputa si re non hereditaria quasi heres usus sit. l. 88 D. eod. Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium; unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur; idemque est, et si alienam rem ut hereditariam possedisset. Vgl. über dieſe Stelle § 2 Note 55. — l. 20 § 1 D. eod. . . . utputa patrem sepelivit vel iusta ei fecit, si animo heredis, pro herede gessit. Ueber den Beweis der pro herede gestio vgl. Strippelmann a. a. O. S. 379, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 76.

20) Eine ſtillſchweigende Repudiation liegt z. B. vor, wenn der

Da Antritt und Repudiation die Acte ſind, durch welche die Ausübung des Erbrechts erfolgt, ſo können beide nicht früher gültig vorgenommen werden, als bis durch die Delation das Erbrecht zur Exiſtenz gekommen iſt[21]). Die auf das Eine oder Andere gerichtete Willenserklärung[22]) muß demnach wirkungslos bleiben, wenn ſie bei Lebzeiten des Erblaſſers[23]), oder zwar nach ſeinem Tode, aber zu einer Zeit gemacht wird, wo die Berufung des Erben noch von Bedingungen abhängig iſt[24]). Es wird durch einen ſolchen Antritt und durch eine ſolche Repudiation der Ausübung des demnächſt wirklich erworbenen Erbrechts in keiner Weiſe präjudicirt: wer früher antrat, kann jetzt repudiiren, wer repudiirte, jetzt

---

Delat, obwohl ihm ſein Erbrecht bekannt iſt, ſeine Forderung gegen die Erbſchaft verfolgt, oder wenn er zuläßt, daß ſich ein Anderer als Erbe gerirt, l. 37 pr. ad S. C. Trebell. (36. 1). Ferner, wenn der Delat, während er weiß, daß er zugleich teſtamentariſcher und nächſter geſetzlicher Erbe iſt, aus dem geſetzlichen Erbrecht die Erbſchaft antritt oder ausſchlägt, ſo repudiirt er dieſelbe damit tacite zuvor aus dem teſtamentariſchen Erbrecht. Jenes entſteht in demſelben Moment, wo dieſes untergeht; es können deshalb auch beide in Einem Moment ausgeübt werden, l. 17 § 1, l. 60, l. 70 § 1, l. 77 D. de A. v. O. H. (29. 2).

21) l. 21 §. 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed ita demum pro herede gerendo acquiret hereditatem, si iam sit ei delata. l. 18 D. eod. Is potest repudiare, qui et acquirere potest. Vgl. l. 16 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5).

22) l. 174 § 1 D. de R. J. (50. 17). Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest. l. 3 D. eod. Eius est nolle, qui potest velle. l. 4 D. de A. v. O. H. (29. 2). Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire. l. 18 D. eod.

23) l. 27 D. eod. Neminem pro herede gerere posse, vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait.

24) l. 3 D. eod. Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest. l. 13 pr. D. eod. Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa

antreten[25]), und wenn vor ſeinem Tode keins von beiden geſchieht, ſo ſtirbt er als Delat. Eine Modification tritt indeſſen in dieſer Beziehung ein, wenn ein eventueller Erbe den Antritt oder die Repudiation im Voraus erklären will, alſo auf den Fall, daß die ihm jetzt noch vorgehenden Erben wegfallen ſollten; hier erhält ſein Wille, ſofern er nur nach dem Tode des Erblaſſers erklärt und inzwiſchen nicht wieder zurückgenommen iſt, in dem Moment Kraft, wo durch die Delation die Ausübung des Erbrechts möglich wird[26]).

---

erat hereditas, ut adiri posset; ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est. §. 2. Substitutus quoque similiter si ante repudiet, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio. l. 39, l. 69 D. eod. Vgl. l. 70 pr. D. eod., l. 1 §§ 5, 7 D. de succ. edict. (38. 9), l. 4 pr. D. quis ordo in poss. serv. (38. 15).

25) l. 94 D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur.

26) l. 9. C. qui adm. ad b. p. poss. (6. 9). Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectandae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur. Die in den Schlußworten getroffene Beſtimmung, deren Ausdehnung auf die hereditatis aditio keinem Bedenken unterliegen kann, hat in den Baſiliken XL. 1. 25 folgende noch deutlichere Faſſung: Sed et si intra tempus prioris bonorum possessionis adhuc currens, hi, qui in secundo gradu bonorum possessionis positi sunt, testationem fecerint, et contigerit, ut ipsa bonorum possessio secunda locum habeat, sufficiat prior testatio, quamvis non suis temporibus facta. Aus dieſen Worten ergiebt ſich, daß die Agnition intra alienam vicem, wie es nach der Sache nicht anders ſein kann, erſt mit dem ſpäteren Eintritt der Delation wirkſam

In ſeiner Wahl zwiſchen Antritt und Repudiation iſt der Delat an und für ſich frei. Er kann namentlich auch eine ſolvente Erbſchaft repudiiren, wenn gleich dadurch die vom Erblaſſer angeordneten Vermächtniſſe untergehen[27]). Nur zu Gunſten des Univerſalfideicommiſſars erleidet dieſer Grundſatz eine Ausnahme, und zu Gunſten der Legatare modificirt er ſich, wenn die Repudiation in betrügeriſcher Abſicht erfolgt. Der heres fiduciarius kann zum Antritt gezwungen werden[28]), um das Univerſalfideicommiß aufrecht zu erhal-

---

wird. Daraus folgt dann aber von ſelbſt, daß bis dahin die Antrittserklärung revocabel iſt, und hieraus wieder, daß in Wahrheit nicht die frühere Erklärung die Acquiſition der Erbſchaft bewirkt, ſondern die Exiſtenz des dazu nöthigen Willens *nach* der Delation. Damit es an dieſem während der Agnitionsfriſt keinen Falls fehle, war es wünſchenswerth, eine eventuelle Erbantretung im Voraus vornehmen zu können, § 10 J. de b. p. (3. 9). Nach Analogie der l. 8 § 2 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5) behält indeſſen die Erklärung des eventuellen Erben auch dann Gültigkeit, wenn er vor der Delation wahnſinnig geworden iſt, obwohl er jetzt beim Eintritt derſelben den zur Ausübung des Erbrechts erforderlichen Willen nicht hat. Wenn er aber vor der Delation ſtirbt, ſo kann ſich ſein eventueller Antritt natürlich nicht wirkſam erweiſen. Schon von vornherein ungültig iſt derſelbe, wenn er bei *Lebzeiten* des Erblaſſers erklärt wird; denn ſeinen eventuellen Antritt, bevor überhaupt der Erbfall eingetreten iſt, hat auch das prätoriſche Recht nicht zugelaſſen. Es kann daher von einem ſolchen namentlich auch dann nicht die Rede ſein, wenn Jemand Erbſchaften, die ihm in Ausſicht ſtehen, durch einen ſ. g. Erbſchaftsvertrag veräußert, vgl. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 17 S. 205. Siehe auch oben § 4 Note 49 und § 6 Note 20.

27) l. 17 D. si quis om. c. test. (29. 4). Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: *nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt.*

28) l. 17 D. eod. . . . Sed in *fideicommissariis hereditatibus* id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu Praetoris adeat et restituat; quod beneficium his, qui-

ten, und der Testamentserbe, der zugleich nächster Intestaterbe ist, wird von den Vermächtnissen nicht befreit, wenn er ex testamento die Erbschaft ausschlägt, um sie ab intestato anzutreten[29]), es müßte ihm denn ein solches Verfahren nach dem Willen des Erblassers gestattet sein[30]). In gleicher Weise haftet der Testamentserbe den Vermächtnißnehmern auch dann, wenn er gegen Zahlung die Erbschaft repudiirt, um sie an den Substituten oder an den gesetzlichen Erben gelangen zu lassen[31]). Vom Vertragserben gilt dasselbe[32]); er steht überhaupt hinsichtlich der Ausübung des Erbrechts dem testamentarischen Erben gleich.

Einer allgemeinen Beschränkung unterliegt die Ausübung des Erbrechts nur in Folge ihrer Untheilbarkeit. Der Delat muß den ihm angefallenen Erbtheil stets ganz annehmen, oder ganz ausschlagen[33]). Erklärt er blos pro parte den Antritt, so erwirbt er demungeachtet die deferirte Erbportion in ihrem vollen Umfange[34]). Diese Vorschrift schützt den Erblasser in doppelter Richtung: sie macht es einer-

bus singulae res per fideicommissum relictae sunt, non magis tributum est, quam legatariis.

29) l. 6. § 8 D. eod. . . neque enim interdictum est, ut quis omittat hereditatem, si sine fraude id fiat. l. 1, l. 6, l. 10, l. 11, l. 13—16, l. 18 D. eod. c. 3 C. eod. (6. 39).

30) l. 6 § 1, l. 22, l. 26 D. eod. Strippelmann, a. a. O. Bd. 3 S. 271.

31) l. 2, l. 3 D. eod. Empfing der Testamentserbe keine Zahlung für die Repudiation, so haben die Vermächtnißnehmer eine Klage gegen den Substituten oder gesetzlichen Erben, der an seine Stelle getreten ist, l. 4 D. eod. c. 1 C. eod. (6. 39).

32) Vgl. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 276.

33) l. 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

34) l. 10 D. eod. Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

seits unmöglich, daß sein Nachlaß zum Theil Gegenstand des Concurses wird, und sie verhindert andererseits, daß sein letzter Wille wegen Mangels einer verpflichteten Person theilweise unerfüllt bleibt. Dazu müßte es kommen, wenn die vom Delaten nicht gewollte Quote seiner Erbportion auch vom Fiscus ausgeschlagen würde, weil sie ihm nach Abzug der Schulden und Vermächtnisse keinen Gewinn mehr verspricht[35]: denn Vermächtnißnehmer haben nur einen Anspruch unter der stillschweigenden Bedingung, si heres erit, finden also im Concurse überhaupt keine Stelle[36], und wer Erbe geworden ist, haftet für die Vermächtnisse nur so weit, als sie durch seinen erbschaftlichen Erwerb gedeckt werden können[37].

Aus denselben Gründen kann der Delat, welcher auf mehrere Erbportionen eingesetzt ist, nicht die eine annehmen und die andere ausschlagen[38], selbst dann nicht, wenn er für einzelne Quoten einen Substituten hat: denn dessen Repudiation könnte die Vacanz derselben bewirken[39]. Er

35) l. 1 § 1 D. de iure fisci (49. 14).

36) l. 21 § 1 D. quando dies legat. (36. 2), l. 17 D. de m. c. donat. (39. 6).

37) l. 114 § 3 D. de legat. (30).

38) l. 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed etsi quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. c. 20 C. de iure delib. (6. 30). . . . Placuit etenim nobis, sive in institutionibus, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, et necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Justinian begnügt sich in c. un. § 10 C. de caduc. toll. (6. 51) mit folgendem Grunde für diese Vorschrift: quum sit absurdum, eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere. Vgl. Fuchs, Ueber die Erwerbung mehrer Erbportionen im Arch. f. civil. Prax. Bd. 39 S. 233 ff.

39) l. 80 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).... unam partem omit-

schlägt vielmehr, wenn er eine der mehreren Portionen repudiirt, damit zugleich die übrigen aus[40]), und wenn er eine derselben agnoscirt, so fallen ihm auch die andern gegen seinen Willen zu[41]). Der Erwerb der pure hinterlassenen Quote zieht sogar den der sub conditione hinterlassenen ohne Weiteres und mit Nothwendigkeit nach sich, sobald sich die Bedingung erfüllt[42]), also namentlich auch der Erwerb der Institutionsportion den der Substitutionsportion, wenn nur der Instituirte die Delation noch erlebt[43]); und ist dies nicht der Fall, so schließt wiederum die Accrescenz für die Miterben die Vacanz der Portion aus[44]). Es wird nicht einmal überall, wo Jemand pure und sub conditione instituirt ist, die Delation der bedingt hinterlassenen Portion suspendirt. Sofern sich von vornherein zeigt, daß die Accrescenz derselben eine absolut nothwendige ist, beseitigt diese die Wirkung der Bedingung, d. h. sofern dem Erben die bedingt hinterlassene Portion zufallen muß, die conditio mag

---

tere non potest, nec interest, in quibusdam habeam substitutum necne.

40) l. 10 § 3 D. de vulg. subst. (28. 6). Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum.

41) l. 80 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem, omnem acquiro, si tamen delatae sint.

42) l. 59 § 5 D. de hered. inst. (28. 5).

43) l. 35 pr., l. 76 pr., l. 81 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 9 D. de suis et legit. hered. (38. 16). . . Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.

44) l. 10 pr., l. 45 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 59 § 6 D. de hered. inst. (28. 5).

eintreten oder nicht, erwirbt er sie mit der pure hinterlassenen Quote zugleich[45]).

Die Ausübung des Erbrechts erweist sich hiernach als eine Wahl, welche der Delat durch ein einseitiges Rechtsgeschäft trifft, indem seine Willenserklärung beim Antritt auf neue Erwerbungen, bei der Repudiation auf die Endigung eines Rechtes gerichtet ist. Aus dieser ihrer Natur ergeben sich folgende Erfordernisse ihrer Wirksamkeit: der Delat muß die Wahl, welche ihm zusteht, wirklich treffen, er muß ferner den zu diesem Geschäft im concreten Falle nöthigen Willen haben, und es muß endlich sein Erbrecht ein gewisses sein, weil die Wirkungen des Antritts oder der Repudiation nicht eintreten können, so lange das Recht zu diesen Handlungen in Frage zu stellen ist[46]). Demgemäß giebt es drei in dem folgenden Paragraphen näher erörterte Gründe, welche die Ausübung des Erbrechts ungültig machen: 1) wenn sie unter einem dies oder einer conditio erfolgt, weil diese Nebenbestimmungen die definitive Wahl des Delaten hindern (§ 8); 2) wenn Simulation oder wesentlicher Irrthum den erforderlichen Willen des Delaten ausschließen (§ 9); 3) wenn über die Delation noch Ungewißheit[47]) besteht (§ 10).

---

45) l. 52 § 1, l. 53 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 27. pr., l. 33, l. 59 § 6 D. de hered. inst. (28. 5). Vgl. Fuchs a. a. O. S. 239 ff.

46) Es tritt auch in dieser Beziehung wieder dasselbe Verhältniß wie beim legatum optionis ein, l. 16 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5). Optione legata placet, non posse ante aditam hereditatem optari, et nihil agi, si optaretur. Vgl. Note 5.

47) l. 76 D. de R. J. (50. 17). In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Diese regula iuris bezieht sich, wenn nicht ausschließlich, doch sicher vornehmlich auf die Ausübung des Erbrechts, vgl. Jac. Gothofredus, Comment. ad tit. de reg. iur. ed. Trotz p. 935.

2. Ungültigkeit der Ausübung.

a. Dies und conditio *).

§ 8.

Das Erbrecht giebt dem Delaten die Wahl zwischen Antritt und Repudiation [1]). Jede Wahl setzt ihrem Begriffe nach eine definitive Entschließung voraus, durch welche die bisherige Alternative aufgehoben wird [2]). Deshalb kann sie nicht durch Erklärungen geschehen, in welchen die Wahl zwar ausgesprochen, demungeachtet aber wegen Nebenbestimmungen, die sie begleiten, nicht ausgeübt wird. Eine solche Erklärung, nach welcher der Handelnde wählen und doch wieder nicht wählen will, enthält einen inneren Widerspruch, der ihre Nichtigkeit zur Folge haben muß. Diesen Charakter hat die Erklärung des Delaten, demnächst an einem bestimmten Tage oder auf den Fall einer noch ungewissen Thatsache Erbe werden oder auf sein Erbrecht verzichten zu wollen. Da sie im Moment, wo sie abgegeben wird, die Wirkungen des Antritts oder der Repudiation nicht haben soll, und ohne diese Wirkungen als eine einseitige Willenserklärung den Delaten nicht bindet, so trifft sie in der That die Wahl noch nicht, welche sie ausspricht; sie consumirt daher auch das ius eligendi nicht, welches dem Delaten zusteht. Es muß demnach ein Act ohne jede rechtliche Wirkung sein, wenn dem Antritt oder der Repudiation ein Anfangstermin oder eine Suspensivbedingung hinzuge-

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 470 ff., Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 S. 311, S. 337, Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II. d.

1) Vgl. § 7.

2) Vgl. § 7. Note 5.

fügt wird[3]), gleichviel ob die Bedingung eine eigentliche oder uneigentliche iſt[4]).

Dem Reſultate nach tritt zwar daſſelbe Verhältniß ein, wenn ein eventueller Erbe den Antritt oder die Repudiation im Voraus erklärt, inſofern dieſe Erklärung ebenfalls erſt

---

3) l. 77 D. de R. J. (50. 17). Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. Der zweite Satz dieſer Stelle kann auf die hereditatis aditio keine Anwendung finden. Dieſe war urſprünglich auch dann ungültig, wenn ſie unter einer ſich von ſelbſt verſtehenden Bedingung, ohne daß dieſe ausgeſprochen wurde, erfolgte, z. B. wenn der Subſtitut vor der Delation antrat, vgl. § 7 Note 24. Mit der ſpäter zuläſſigen Ausübung des Erbrechts durch einen eventuellen Erben (§ 7 Note 26) wurde die hereditatis aditio unter einer conditio iuris möglich. Dabei konnte aber ſelbſtverſtändlich die Bedingung nicht unausgeſprochen bleiben, wenn ſich der Antritt als ein eventueller darſtellen ſollte. Daß die acceptilatio durch eine ausdrücklich hinzugefügte conditio iuris ungültig wurde, ſtillſchweigend dagegen unter einer ſolchen abgeſchloſſen werden konnte, hatte ſeinen Grund in ihrer eigenthümlichen Form. Nach dieſer war die Acceptilation eine imaginaria solutio, und die Worte, in denen ſie erfolgte, geben deshalb über die Zahlung gleichſam eine Quittung, die als ein Zeugniß über eine vergangene Thatſache in keiner Weiſe eine bedingte oder betagte ſein kann, Gaius III. 169, l. 16 pr. D. de accept. (46. 4). Vgl. Fitting im Arch. f. civil. Prax. Bd. 39 S. 342 und Jhering, Geiſt d. röm. Rechts Bd. 2 § 45 ff.

4) l. 51 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est. Das Intereſſe des Delaten, unter dieſer Bedingung anzutreten, ſchützt im Juſtinianeiſchen Rechte das beneficium inventarii.

am Tage und unter der Bedingung der Delation wirksam werden kann und in der Zwischenzeit nicht bindend ist[5]). Allein man darf daraus doch nicht schließen, daß mit der Ausübung des Erbrechts durch einen eventuellen Erben auch die betagte und bedingte Ausübung desselben durch den Delaten zulässig geworden sei. Jener Fall ist von diesem in der That sehr wesentlich verschieden. Dort *will* der Handelnde sich definitiv über die Erbfolge entscheiden, *kann* es aber nicht in wirksamer Weise, weil die Delation noch nicht an ihn gelangt ist[6]), hier dagegen *kann* er eine bindende

5) Vgl. § 7 Note 26.

6) Es verhält sich hier ähnlich wie bei der optio legata im Fall der l. 8 § 2 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5). Unius hominis mihi et tibi optio data est; quum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum; quodsi ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, *quia non videor consentire, qui sentire non possim*. Humanius autem erit, ut et in hoc casu, *quasi semel electione facta*, fiat communis. Hier sollen zwei Collegatare Miteigenthum an einem von ihnen auszuwählenden Sclaven erhalten. Damit dieser Erwerb für sie eintreten kann, müssen beide hinsichtlich der Wahl consentiren. Wenn daher der eine vor dem andern wählt, so kann seine Wahl zunächst keine Wirkung haben, sondern diese erst erhalten, wenn er bei derselben stehen geblieben ist, bis sein Collegatarius denselben Sclaven gewählt hat. Erst durch die in diesem Moment existirende Willensübereinstimmung beider wird das ihnen gemeinsam zustehende Wahlrecht ausgeübt und dadurch consumirt. Diese Willensübereinstimmung kann nun aber nicht eintreten, wenn der Collegatarius, der zuerst wählte, zur Zeit, wo der zweite die gleiche Wahl trifft, bereits gestorben oder wahnsinnig geworden ist. An und für sich dürfte deshalb in diesem Falle der Erwerb aus dem Legate nicht erfolgen, allein die Billigkeit fordert, daß hier der früheren Wahl des Collegatars Gültigkeit beigelegt wird, weil er in der That wählen *wollte* und dies blos bei dem noch fehlenden Consense des andern Collegatars nicht mit sofortiger Wirksamkeit *konnte*, analog dem eventuellen Erben, der im Voraus seine Wahl zwischen Antritt und Repudiation treffen will, dies aber

Erklärung machen, will dies aber nicht. Außerdem haben bei der Ausübung des Erbrechts im Voraus die Interessen dritter Personen niemals zu leiden; neben der Zulässigkeit der betagten und bedingten Ausübung könnte dagegen nicht mehr von einer Verpflichtung des Delaten die Rede sein, innerhalb einer bestimmten Deliberationsfrist den Erbschaftsgläubigern zu eröffnen, ob er Erbe sein wolle oder nicht[7]). Es unterliegt deshalb keinem Zweifel, daß auch nach Justinianeischem und heutigem Rechte der Antritt und die Repudiation ex die oder sub conditione eine nichtige Willenserklärung ist[8]).

Dieselbe Nichtigkeit verbindet sich mit der Ausübung des Erbrechts unter einem Endtermin und unter einer Resolutivbedingung[9]). Da das Erbrecht als ein Wahlrecht

---

bei der noch mangelnden Delation nicht in sofort wirksamer Weise kann.

7) l. 2 D. de interrog. (11. 1), l. 1 § 12 D. de succ. edict. (38. 9), c. 22 §§ 13, 14 C. de iure deliber. (6. 30).

8) Die ältere Doctrin betrachtete die Form der cretio als den Grund, weshalb der Antritt der Erbschaft — der Repudiation wird dabei überhaupt nicht gedacht — ex die und sub conditione nicht geschehen konnte. Manche Juristen nahmen deshalb an, es sei mit dem Verschwinden dieser Form der Antritt unter einer Suspensivbedingung zulässig geworden und nur der Antritt unter einem dies a quo unstatthaft geblieben, aus demselben Grunde, aus welchem diese Nebenbestimmung einer Erbeinsetzung nicht hinzugefügt werden könnte, § 9 J. de hered. inst. (2. 14), l. 34, l. 88 D. eod. (28. 5), so z. B. Stryk, Usus modern. Pand. t. de acq. v. om. hered. § 8 u. Leyser, Medit. ad Pand. Sp. 370 med. 9; vgl. unten die Note 10. Die heutige Theorie erklärt sich gegen die Zulässigkeit des Antritts sub conditione suspensiva, weil die heredilatis aditio eine Handlung sei, die ihrer Natur nach einen festen und bestimmten Willen voraussetze, Mühlenbruch a. a. O. S. 471, Puchta, Pand. § 497, Fitting im Arch. f. civil. Praxis Bd. 39 S. 339 ff. Diese Natur hat sie in der That nur aus dem Grunde, weil es sich bei ihr um die Ausübung eines Wahlrechts handelt.

9) Vgl. die l. 77 D. de R. J. (50. 17) in Note 3.

nothwendig durch einmalige Ausübung erlischt, so ist die Erklärung des Delaten, jetzt repudiiren, demnächst aber antreten, oder umgekehrt jetzt antreten und später repudiiren zu wollen, auf etwas nach der Natur des Erbrechts Unmögliches gerichtet[10]); deshalb muß sie, wie jede andere

10) Der Antritt unter einem dies ad quem und unter einer conditio resolutiva würde auch in Widerspruch treten mit dem Satze: semel heres, semper heres, l. 88 D. de hered. inst. (28. 5), l. 7 § 10 D. de minor. (4. 4). Aber dieser Satz ist nicht der Grund für die Ungültigkeit eines solchen Antritts, sondern dies ist lediglich der im Text angegebene, aus dem sich auch die Ungültigkeit einer solchen Repudiation ergiebt. Völlig verkehrt ist es, wenn man sich hier auf die Vorschriften über die betagte und bedingte Erbeinsetzung bezieht, wie es auch noch von neueren Juristen geschieht, z. B. von Mühlenbruch a. a. O. S. 471. Diese Vorschriften beruhen in der That auf ganz anderen Gründen, und haben überdies mit der späteren Gestalt der Universalfideicommisse ihre praktische Wichtigkeit so gut wie verloren, v. Savigny, System Bd. 3 S. 218. Die Erbeinsetzung unter einem Endtermin und unter einer Resolutivbedingung schließt der Satz: semel heres, semper heres aus, und dieser ist wieder eine Folge der Verbindung, in welche die Erbschaftsschulden mit dem bisherigen Vermögen des Erben treten, vgl. meine Erbsch. § 23. Die Erbeinsetzung unter einem Anfangstermin ist aber unstatthaft, weil für seine Hinzufügung ein begründetes Interesse des Erblassers nicht denkbar ist; es kann vielmehr in derselben nur eine Chicane gegen die Erbschaftsgläubiger erblickt werden, deren Befriedigung dadurch hinausgeschoben wird, vgl. meine Erbsch. S. 100. Für die Hinzufügung einer Suspensivbedingung kann der Testator ein gerechtfertigtes Interesse haben; deshalb ist diese hier zulässig, während der Antritt und die Repudiation der Erbschaft auch unter einer solchen Bedingung nicht erfolgen kann. Wie die Gründe verschieden sind, aus welchen bei der Erbeinsetzung, und aus welchen bei der Ausübung des Erbrechts die erwähnten Nebenbestimmungen nicht gemacht werden dürfen, so sind auch die Wirkungen, wenn es dennoch geschieht, dort und hier andere: bei der Erbeinsetzung gelten dies und conditio pro non adjectis, § 9 J. de hered. inst. (2. 14), den Antritt und die Repudiation machen sie nichtig.

Willenserklärung dieser Art, ohne rechtliche Wirkung bleiben [11]).

b. Simulation und Irrthum *).

§ 9.

Die Ausübung des Erbrechts ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Repudiation bewirkt den Untergang

---

11) Man darf hier nicht etwa so argumentiren: da die zunächst auf Antritt oder Repudiation gerichtete Willenserklärung des Delaten rechtlich möglich ist, und rechtlich unmöglich nur seine weitere Willenserklärung, nach welcher die erste beim Eintritt des dies oder der conditio wieder wirkungslos werden soll, so ist auch blos die letztere nichtig. Denn wenn man bei einer betagten und bedingten Willenserklärung von einer Hinzufügung des dies und der conditio spricht, so darf dies nicht so verstanden werden, als hätten dieselben der Willenserklärung gegenüber ein selbstständiges Dasein. Die betagte und bedingte Willenserklärung ist eine einzige, nicht die Erklärung eines ersten und eines zweiten Willens, sondern eines so und so geeigenschafteten Willens, Windscheid, Lehrb. des Pandectenr. § 86; vgl. auch Huschke in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15 S. 248 u. Fitting a. a. O. S. 308 ff. Deshalb ist eine Willenserklärung unter einer unstatthaften Zeitbestimmung oder Bedingung ganz ungültig: in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem, l. 77 D. de R. J. (50. 17). Der Satz utile per inutile non vitiatur kann hier nicht Platz greifen, weil seine Anwendung zu einem Resultat führen würde, welches der Absicht des Handelnden widerspricht. Nur wegen der besonderen Natur der letztwilligen Dispositionen gelten bei ihnen die unzulässigen Nebenbestimmungen pro non scriptis, v. Savigny, System Bd. 3 S. 294 ff. Es ergiebt sich hieraus, daß namentlich auch in dem Fall, wenn der Delat unter dem Vorbehalte künftiger Repudiation antritt, seine Erklärung in ihrem ganzen Umfange, und nicht etwa blos der Vorbehalt nichtig ist, wie dies in einem Urtheile bei Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 154 angenommen zu sein scheint: denn der Antritt des Delaten unter diesem Vorbehalte ist nichts Anderes, als ein Antritt unter der Resolutivbedingung, daß er demnächst repudiiren werde. Vgl. Sintenis a. a. O. § 183 sub II. d.

*) Vgl. Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. Bd. 2 S. 361 ff.

des Erbrechts, der Antritt auf Grund desselben die Succession in das universum ius defuncti. Es sind daher die allgemeinen Requisite der einseitigen Rechtsgeschäfte auch Requisite für die gültige Ausübung des Erbrechts: sie setzt also die Existenz des erforderlichen Willens, die Erklärung desselben und damit die Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung voraus. Wo es an dieser Uebereinstimmung fehlt, und deshalb eine Erklärung ohne Willen vorliegt, ist der Antritt wie die Repudiation ein ungültiges Geschäft.

Die Existenz des Willens, welcher zur Ausübung des Erbrechts gehört, ist durch die Absicht des Delaten bedingt, gerade von dem ihm in concreto zustehenden Erbrecht Gebrauch zu machen. Aus diesem muß der Antritt oder die Repudiation erfolgen, wenn seine Erklärung den für sie nöthigen Willen enthalten soll [1]). Diese Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung kann hier aus denselben Gründen wie bei andern Rechtsgeschäften ausgeschlossen werden; auch hier ist eine absichtliche und eine unabsichtliche Erklärung ohne Willen möglich [2]).

Eine absichtliche Erklärung ohne Willen liegt vor,

---

und in Glück's Commentar Bd. 42 S. 416 ff., Bd. 43 S. 104 ff., Hunger, Das röm. Erbr. S. 458 ff., Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II. c., v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 § 498, meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erwerb d. Erbsch. u. d. Verm. in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 138 ff.

1) l. 17 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres institutus idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem. l. 91 D. de R. J. (50. 17).

2) Vgl. v. Savigny, System Bd. 3 S. 257 ff., v. Keller, Pandectenvorl. § 58, Windscheid, Lehrb. d. Pandectenr. § 75 ff., Ihering in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 4 S. 73 ff.

wenn der Widerspruch zwischen beiden mit dem Bewußtsein des Handelnden Statt findet. Worte, die an sich auch geeignet sind, den vollendeten Willen des Antritts oder der Repudiation zu erklären, können im concreten Fall als Ausdruck der Unentschiedenheit und des noch nicht reif gewordenen Entschlusses gebraucht sein[3]); sie können ferner nicht ernstlich gemeint sein, oder eine Simulation enthalten, so daß die Erklärung nicht den wahren Willen ausdrücken, aber diesen Schein haben soll[4]). Wo ein derartiger Widerspruch zwischen Willen und Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern sich aus den Umständen erkennen und nachweisen läßt, da kann durch die bloße Erklärung, wie kein anderes Rechtsgeschäft, auch der Antritt oder die Repudiation einer Erbschaft nicht zu rechtlicher Existenz kommen. Dies gilt von der ausdrücklichen und von der stillschweigenden Erklärung. Handlungen, welche an sich geeignet sind, den Willen des Antritts oder der Repudiation zu bekunden, können, obwohl der Delat sein Erbrecht kannte, in anderer Absicht vorgenommen sein, und enthalten deshalb, sofern dies aus einer Protestation oder sonst erweislich ist, eine Erklärung, aus welcher nur der falsche Schein jenes Willens hervorgeht[5]).

Eine unabsichtliche Erklärung ohne Willen existirt, wenn sich der Handelnde des Widerspruchs zwischen beiden nicht bewußt ist. Dies ist der Fall, wenn er zwar äußerlich

---

3) Vgl. l. 24 D. de test. milit. (29. 1), v. Savigny a. a. O. S. 259.

4) l. 6 § 7 D. de A. v. O. H. (29. 2) . . . eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. 7 S. 127 Note m.

5) Vgl. § 7 Note 15.

die zu einem Geschäfte gehörigen Erklärungen abgiebt, demungeachtet aber das, was dazu nöthig wäre, in seinem ganzen Umfange oder doch in einem wesentlichen Punkte nicht will, weil er in einem Irrthume befangen ist[6]). Hier bringt die Erklärung das Geschäft nicht zur Existenz, der Irrthum mag ein entschuldbarer oder unentschuldbarer sein; denn der eine wie der andere beweist die Abwesenheit des erforderlichen Willens.

In einem solchen s. g. wesentlichen Irrthume kann sich der Delat auf mannigfaltige Weise befinden, und daher die Ausübung des Erbrechts aus mehr als einem Grunde wegen unabsichtlicher Erklärung ohne Willen ungültig sein. Es ist dies namentlich der Fall, wenn der Delat über die Existenz seines Erbrechts im Irrthume ist, wenn er sich über den Grund, oder über den Umfang desselben, und wenn er sich über die Wirkung seiner Berufung irrt.

Bei dem Irrthum über die Existenz des Erbrechts schreibt sich der Delat ein solches überhaupt nicht zu. Handlungen desselben, welche an sich auf den Antritt oder die Repu-

---

6) Der Irrthum über unwesentliche Punkte schließt die Existenz des Geschäfts nicht aus. Was aber wesentlich und unwesentlich ist, darüber entscheidet die Natur des einzelnen Geschäfts, vgl. Windscheid a. a. O. § 76. Nach dieser kann der error in persona bald ein wesentlicher, bald ein unwesentlicher sein, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 168, 169, Bd. 4 Nr. 225, Bd. 7 Nr. 19, Bd. 10 Nr. 47, ebenso der error in substantia, Bd. 16 Nr. 35, 36, und ebenso auch der error in corpore, namentlich wenn der Gegenstand quantitativ bestimmt ist. So hindert z. B. beim Schenkungsversprechen der Irrthum über die Größe der Schenkung ihre Gültigkeit im Betrage der kleineren Summe nicht, weil für diese der beiderseitige Consens existirt, l. 1 § 4 D. de V. O. (45. 1). Dagegen macht der Irrthum über die Größe der Erbschaftsquote die Ausübung des Erbrechts ganz ungültig; siehe unten Note 9.

diation hindeuten, hatten hier alſo nothwendig einen andern Zweck und können demnach, ſobald dieſer und damit der Irrthum erwieſen iſt, nur die ihrem wahren juriſtiſchen Charakter entſprechende Wirkung haben. Sie dürfen nicht als Ausübung des Erbrechts gelten, weil ſie bezüglich dieſer nur unabſichtliche Erklärungen ohne den dazu nöthigen Willen ſind[7]).

Irrt der Delat ſich über den Grund ſeines Erbrechts, indem er es z. B. für ein geſetzliches hält, während es ein teſtamentariſches iſt[8]), oder irrt er ſich über den Umfang

7) So z. B. wenn der Delat glaubt, daß der Erblaſſer noch lebt, oder wenn er ſeine Erbeinſetzung irrthümlich für eine bedingte oder unbedingte hält, l. 32 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest. § 1. Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni. l. 2 D. de condit. (35. 1) . . . nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem insertam: nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati. Meint der Delat fälſchlich, er ſei sub conditione eingeſetzt, ſo kann er vor Erfüllung der conditio nicht antreten wollen, und hält er ſich fälſchlich für pure inſtituirt, ſo kann der blos zufällige Eintritt der conditio nicht die Erklärung des Antritts involviren; vgl. § 3 Note 14 u. 15. Wie die pro herede gestio, ſo hindert der Irrthum über die Exiſtenz des Erbrechts natürlich auch die ſtillſchweigende Repudiation, vgl. § 7 Note 9 u. 20; von ihr kann z. B. nicht die Rede ſein, wenn der Delat das Teſtament, in welchem er berufen iſt, für ungültig hält, l. 17 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Nec is, qui non valere testamentum aut falsum esse putat, repudiare potest.

8) l. 22 D. eod. . . . nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres, antequam tabulae proferantur, quum existimaret intestato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit. Et idem iuris erit, si non

desselben, d. i. über die Größe der Erbschaftsquote[9]), so legt

---

iusto testamento scriptus heres, prolatis tabulis, quum putaret iustum esse, quamvis omnia pro domino administraverit, hereditatem tamen non acquiret. c. 4, c. 8 C. de iur. et fact. ignor. (1. 18), § 7 J. de hered. qual. (2. 19). Bei den verschiedenen Wirkungen, welche sich nach dem Delationsgrunde mit der Erbfolge verbinden können, ist derselbe ein wesentlicher Punkt bei der Ausübung des Erbrechts. Deshalb macht der Delat bei einem Irrthum in dieser Richtung eine Erklärung ohne den erforderlichen Willen. Ein solcher Irrthum liegt z. B. vor, wenn der nächste gesetzliche Erbe in einem gültigen Testament eingesetzt ist, von seiner Einsetzung aber nichts weiß, oder wenn er in einem ungültigen Testament instituirt ist, dies aber für gültig hält. In beiden Fällen will er nicht sein wahres Erbrecht ausüben, sondern dort ein gesetzliches, hier ein testamentarisches, das ihm nicht zusteht; jenes wird daher auch durch seinen Antritt oder seine Repudiation überhaupt nicht berührt, l. 19 D. de inoff. test. (5. 2) . . . nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri. Ebenso verhält es sich auch, wenn z. B. Jemand, der in einem früheren gültigen und in einem später ungültigen Testament zum Erben ernannt ist, das letztere für gültig hält. Tritt er aus diesem die Erbschaft an, so wird dadurch gleichfalls das ihm in Wahrheit zustehende Erbrecht nicht afficirt, sei dies nun ein gesetzliches, weil das spätere Testament ab initio gültig war und erst expost ungültig wurde, oder sei es, weil das spätere Testament von vornherein keine Gültigkeit hatte, ein testamentarisches; namentlich wird dadurch letzteres auch nicht tacite repudiirt, da der Irrthum jeden auf das Erbrecht bezüglichen Willen ausschließt. l. 97 D. de A. v. O. H. (29. 2). Clodianus facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem., ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse. Die Schlußworte zeigen, daß es sich hier um ein zweites Testament handelte, welches ab initio gültig war.

9) l. 75 D. eod. Ex semisse Titius heres scriptus est, quadran-

er ſich zwar hier wie dort ein Erbrecht bei, aber in beiden

---

tis bonorum possessionem per errorem petiit; quaero, an nihil actum sit, an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit? Respondit, magis nihil actum esse, quemadmodum quum ex semisse scriptus heres ex quadrante per errorem adiit hereditatem. Nach Juſtinianeiſchem Rechte, welches die aditio hereditatis ſchon ante apertas tabulas geſtattet, c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51), läßt ſich der Irrthum über die Erbſchaftsquote auch als ein bloßer Irrthum im Motive denken. Wer vor Eröffnung des Teſtaments den Antritt erklärt, ohne ſeinen Erbtheil zu kennen, kann ſich dabei durch eine falſche Vorſtellung über die Größe deſſelben beſtimmen laſſen. Hier iſt natürlich der Antritt gültig, weil der dazu erforderliche Wille, das Hinterlaſſene zu erwerben, exiſtirt und blos durch den Irrthum hervorgerufen wird. Wenn dagegen z. B. der Teſtamentserbe mit Rückſicht auf ein ihm bekanntes Teſtament antritt, während ſich demnächſt ein ſpäter errichteter letzter Wille findet, in welchem ſein Erbtheil verändert iſt, ſo muß die prätoriſche wie die civile Agnition nichtig ſein, und zwar nicht blos, wenn die Erbportion größer war, als der Delat annahm, wie in der l. 75 cit., ſondern auch, wenn ſie kleiner war; denn in beiden Fällen ſchließt der Irrthum den Willen über einen bei der Ausübung des Erbrechts weſentlichen Punkt und zwar ſo aus, daß ſie ganz nichtig ſein muß. Den Erwerb der vermeintlichen kleineren Quote hindert die Untheilbarkeit der Ausübung des Erbrechts (§ 7 Note 33 u. 34); und da es ſich hier zugleich um Uebernahme von Verbindlichkeiten handelt, ſo darf auch die Willenserklärung über die vermeintliche größere Erbportion keine Geltung haben für die wirklich hinterlaſſene kleinere, obwohl dieſe in jener enthalten iſt, l. 110 pr. D. de R. J. (50. 17). Dies würde nur maßgebend ſein dürfen, wenn der Delat verſtändiger Weiſe hinſichtlich der kleineren Erbportion ſtets denſelben Willen haben müßte, wie hinſichtlich der größeren, oder wenigſtens durch dieſe Annahme keinen Schaden erleiden könnte, vgl. l. 25 § 11 D. de A. v. O. H. (29. 2). Ebenſo würde es ſich nur unter dieſer Vorausſetzung rechtfertigen laſſen, die Willenserklärung über die vermeintliche kleinere Erbportion auf die wirklich hinterlaſſene größere zu beziehen. Es kann aber z. B. der Delat die größere Portion trotz läſtiger Auflagen, und die kleinere trotz der Inſolvenz des Nachlaſſes aus Pietät für den Verſtorbenen antreten, l. 23 D. quae in fraud. cred. (42. 8), während er, bekannt mit ſeinem wahren Erbtheil, in beiden

Fällen ein anderes, als er hat; er will daher, er mag antreten oder repudiiren, nicht das ihm in Wahrheit zustehende Erbrecht ausüben. Deshalb macht er gleichfalls eine Erklärung ohne den erforderlichen Willen.

Ebenso verhält es sich endlich beim Irrthum über die Wirkung der Berufung. Wer sich als freiwilliger Erbe fälschlich für einen nothwendigen hält, glaubt ein Erbrecht (ius succedendi) überhaupt nicht zu haben[10]; er kann daher auch nicht beabsichtigen, von demselben durch Antritt oder Repudiation Gebrauch zu machen. Er kann vielmehr durch die an sich dazu gleich geeigneten Handlungen[11] nur sich immisciren oder abstiniren, also statt über das Recht, welches er hat, nur über ein solches, welches er nicht hat, nämlich über das beneficium abstinendi, disponiren wollen. Wo sich dieser Wille durch den Nachweis des Irrthums darthun läßt, müssen daher jene Handlungen jeder rechtlichen Wirkung entbehren; sie können nicht als Antritt oder Repudiation behandelt werden, ungeachtet diese Rechtsgeschäfte nach der wahren Sachlage möglich und äußerlich auch erklärt sind, weil bei der erweislich nicht auf sie und ihre Wirkungen[12]

Fällen repudiirt hätte, dort um jeden, hier um größeren Schaden von sich abzuwenden.

Befindet sich der Delat nicht im Irrthum über die Größe seiner Erbschaftsquote, erklärt aber doch, daß er nur einen Theil derselben erwerben will, indem er dies für rechtlich zulässig hält, so ist dieser Irrthum als error iuris irrelevant; er erwirbt daher nach den Grundsätzen über die Untheilbarkeit der Ausübung des Erbrechts die deferirte Quote ganz, vgl. § 7 Note 34.

10) Hier involvirt also der Irrthum über die Wirkung der Berufung einen Irrthum über die Existenz des Erbrechts.

11) l. 87 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

12) Die Wirkungen der Repudiation sind von denen der Abstinenz verschieden. Wer abstinirt, kann die Erbschaft noch wieder

gerichteten Abſicht des Handelnden ihre Erklärung nur eine ſcheinbare iſt[13]). Es greift hier deshalb wie beim Irrthum über Exiſtenz, Grund und Umfang des Erbrechts und wie überhaupt in analogen Verhältniſſen die römiſche Parömie Platz: plus est in opinione, quam in veritate[14]).

In allen Fällen des weſentlichen Irrthums, der ſelbſtverſtändlich nicht blos den Antritt, ſondern auch die Repudiation unwirkſam macht[15]), kommt, wie bei der abſichtlichen Erklärung ohne Willen, das natürliche Princip zur Gel-

---

erhalten, nach vorjuſtinianeiſchem Rechte zu jeder Zeit, nach Juſtinian's Beſtimmung innerhalb einer Friſt von drei Jahren ſeit der Abſtinenz oder ſeit Ablauf der Reſtitutionszeit, jenachdem der Abſtinirende großjährig oder minderjährig iſt, l. 8 D. de iur. delib. (28. 8), l. 6 pr. D. de reb. auct. iud. (42. 5), c. 6 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31), l. 69 D. de R. J. (50. 17). Und wo eine durch Abſtinenz vacante Portion den Miterben accreſcirt, können dieſe jetzt noch wieder von der ganzen Erbſchaft zurücktreten und dadurch den Concurs über dieſelbe herbeiführen, während ſie dies nicht können, wo die Portion durch Repudiation vacant geworden iſt. l. 53, l. 56 D. de A. v. O. H. (29. 2). Bei dieſen verſchiedenen Folgen der Abſtinenz und der Repudiation betrifft der Irrthum über die Wirkung der Berufung einen bei der Ausübung des Erbrechts weſentlichen Punkt.

13) Ebenſo verhält es ſich, wenn der nothwendige Erbe ſich fälſchlich für einen freiwilligen hält. In dem umgekehrten, im Texte erörterten Falle wird die Ausübung des Erbrechts ausgeſchloſſen, weil ſie nicht gewollt, und die beabſichtigte Ausübung des beneficium abstinendi, weil ſie nicht möglich iſt, hier dagegen findet dieſe nicht Statt, weil ſie nicht gewollt, und jene nicht, weil ſie nicht möglich iſt.

14) l. 15 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is, qui putat se necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate. l. 16. Et e contrario, qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest. Vgl. Note 16.

15) l. 21 § 2 D. eod. . . . ceterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.

tung, daß eine Handlung die der erweislichen Absicht des Handelnden entsprechende Beurtheilung erfahren muß[16]), und daß sie demgemäß nur die mit dieser übereinstimmenden[17]) oder, wenn dies nicht möglich ist, gar keine Folgen haben darf[18]). Dies Princip, welches jede Handlung zum Gegenstand der Interpretation macht, fordert, daß bei dieser auch der Irrthum

---

16) l. 3 D. de reb. dub. (34. 5), l. 7 § 2 D. de suppell. leg. (33. 10) . . . nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Um diesen Grundsatz handelt es sich auch in der Parömie plus est in opinione, quam in veritate (Note 14): eine juristische Handlung darf nicht die Deutung erhalten, welche in concreto der Wirklichkeit, d. h. der Sachlage entspricht, sondern nur die, welche mit der Meinung des Handelnden übereinstimmt, sofern es sich fragt, ob der zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte erforderliche Wille wirklich erklärt ist. In dieser Fassung kommt der Grundsatz nur in der l. 15 D. de A. v. O. H. vor, obwohl alle besprochenen Fälle des wesentlichen Irrthums Anwendungen desselben enthalten. Anderweitige Anwendungen finden sich z. B. in l. 19, l. 54 pr. D. de A. R. D. (41. 1).

17) Vgl. Bekker in der Krit. Vierteljahrschrift Bd. 3 S. 187 ff.

18) Damit ist natürlich nur gemeint, daß die Handlung das Geschäft, auf welches sie gerichtet ist, nicht zur Existenz bringt, wenn dasselbe in einem wesentlichen Punkte nicht gewollt ist, daß also z. B. die Repudiation im Irrthum über die Größe der Erbschaftsquote die Folgen der Repudiation überhaupt nicht hat. Anderweitige Folgen kann auch eine nichtige Repudiation nach sich ziehen. Insbesondere muß sie den Repudianten verpflichten, dem Nacherben, welcher in Folge der erklärten Repudiation angetreten hat, alle aus dem Antritt erwachsenen Kosten zu ersetzen, wenn er denselben, unter Berufung auf die Nichtigkeit der Repudiation, mit der hereditatis petitio in Anspruch nehmen will. Diese Kosten gehören auch zu den Gegenansprüchen, die der b. f. possessor geltend machen kann, l. 25 § 11 sqq. D. de H. P. (5. 3). Die culpa des Repudianten muß hier dieselbe Folge haben, wie die culpa in contrahendo bei Verträgen, welche wegen Irrthums nichtig sind; vgl. Ihering in d. Jahrbb. für Dogm. Bd. 4 S. 1 ff.

des Handelnden Berückſichtigung findet[19]), weil ſich aus ſeiner falſchen Vorſtellung die Meinung, in welcher er handelte, ergiebt und mit ihr die Entſcheidung, ob nach der Natur des fraglichen Geſchäfts[20]) der zu dieſem nöthige Wille nur ſcheinbar, oder ob er ungeachtet des Irrthums in Wahrheit erklärt iſt. Im letzten Falle iſt der Irrthum, was die Exiſtenz des Geſchäftes betrifft, nothwendig ein unweſentlicher; er kann dieſe nicht alteriren, weil in der That die Vorausſetzungen des Geſchäfts vorhanden ſind. Es gilt hier deshalb der Satz: plus est in re, quam in existimatione[21]). Ob auch übrigens der Irrthum irrelevant, alſo rechtlich ganz wirkungslos iſt, oder ob er wenigſtens einen Anſpruch auf in integrum restitutio begründet, das hängt nach bekannten Grundſätzen von ſeiner Entſchuldbarkeit und davon ab, ob der Irrende durch ihn eine Läſion erlitten hat.

Ein ſolcher unweſentlicher Irrthum begleitet die Ausübung des Erbrechts, wenn z. B. ein pure inſtituirter Erbe unter einer poteſtativen oder caſuellen Bedingung eingeſetzt zu ſein glaubt und dort nach Erfüllung, hier nach Eintritt der vermeintlichen conditio antritt oder repudiirt. Dieſer Irrthum iſt ohne jede rechtliche Wirkung: denn er kann den

---

19) Ueber den Beweis des Irrthums vgl. Römer, Die Beweislaſt hinſichtlich des Irrthums S. 39, S. 45 ff.

20) Vgl. Note 6.

21) Anwendungen dieſer ſo oder ähnlich gefaßten Parömie, nach welcher ein Irrthum über unweſentliche Punkte bei einem in ſeinen weſentlichen Beſtandtheilen gewollten Geſchäft irrelevant iſt, finden ſich in l. 9 § 4 D. de iur. ignor. (22. 6), l. 4 § 1 D. de man. vind. (40. 2), l. 2 § 2 D. pro emt. (41. 4), § 11 J. de legat. 2. 20), Vatic. fragm. § 260, vgl. Jhering in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 2 S. 157. Wo von dieſer Parömie bei der Ausübung des Erbrechts Gebrauch gemacht iſt, findet ſie ſich nicht ausdrücklich ausgeſprochen, vgl. Note 22.

Handelnden nicht veranlaſſen, etwas zu erklären, was er nicht gewollt hat, und er kann ihn auch auf keine Weiſe in Nachtheil bringen. Daher macht er weder die Erklärung ungültig, noch hat er einen Reſtitutionsanſpruch zur Folge[22]). Ebenſo verhält es ſich, wenn z. B. der Delat fälſchlich noch dispoſitionsunfähig zu ſein vermeint und ſich in dieſem Irrthume für den Antritt oder für die Repudiation erklärt. Auch hier hebt der Irrthum die Uebereinſtimmung zwiſchen Willen und Erklärung nicht auf, und auch hier kann er den Delaten überhaupt nicht gefährden, da es ihm in Wahrheit an der vom Geſetz geforderten Einſicht in den Erfolg ſeiner Handlungen nicht fehlt[23]). Dieſer Irrthum bezieht ſich nur auf eine conditio iuris, d. h. nur auf einen Umſtand, von dem nicht die Exiſtenz des erforderlichen Willens, ſondern lediglich die Wirkung deſſelben abhängt. Deshalb muß es zur gültigen Ausübung des Erbrechts genügen, daß die con-

22) l. 34 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si, quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et impleta conditione, quam iniectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire, maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit. Facilius quis admittet, si quis pure institutus putavit, se sub conditione institutum, conditionemque impletam, quam in eventum putabat: nam in nullo haec suspicio obfuit. Aus dieſer Stelle ergiebt ſich, daß die römiſche Jurisprudenz bei der Frage, ob der Irrthum des Delaten einen weſentlichen oder unweſentlichen Punkt betrifft, wie natürlich, in Betracht zog, ob er demſelben einen Nachtheil zuziehen konnte, oder ob trotz des Irrthums nur die Wirkungen eintraten, welche ſeiner in Wahrheit abgegebenen Willenserklärung entſprachen. Wo es an jedem denkbaren Intereſſe fehlt, da kann auch von einem Schutze des Irrthums nicht die Rede ſein.

23) l. 96 D. eod. Qui se pupillum falso existimans, quum esset pubes, pro herede gessit, quonimus heres existat, nihil error talis ei nocebit.

ditio iuris in Wahrheit exiſtirt; es kann nichts darauf ankommen, ob der Delat das Gegentheil glaubt. Wo die Vorausſetzungen eines Rechtsgeſchäfts objectiv vorhanden ſind, vermag kein Irrthum mehr ſeine Gültigkeit zu hindern, auch der nicht, welcher den Glauben an die Unwirkſamkeit des Geſchäfts involvirt[24]). Nur bei einer conditio facti d. i. bei einer eigentlichen Bedingung muß der Delat Kenntniß von ihrer Erfüllung haben, um gültig anzutreten und zu repudiiren, weil er ſich zugleich über die Exiſtenz ſeines Erbrechts irrt, ſo lange er ſie für noch nicht erfüllt hält[25]). Ein Irrthum über eine conditio iuris liegt z. B. auch in dem Falle vor, wenn ein Erbe, der unter einer Bedingung inſtituirt und unter einer andern Bedingung einem Miterben ſubſtituirt iſt, den Antritt in der Meinung erklärt, daß ſich blos die erſte Bedingung erfüllt hat, während in der That die zweite bereits ebenfalls eingetreten war. Er irrt ſich hier über eine Wirkung ſeines Antritts, die nach den Grundſätzen des Accrescenzrechts eine Rechtsnothwendigkeit iſt[26]). Dieſer

24) Eine Ausnahme tritt beim Teſtament ein; hier macht Irrthum und Ungewißheit über die testamenti factio activa daſſelbe nichtig, l. 14, l. 15 D. qui test. fac. poss. (28. 1). Vgl. Einleitung S. 83.

25) l. 21 D. de condit. (35. 1). Multum interest, conditio facti, an iuris esset; nam huiusmodi conditiones: si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus fuerit, quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias, poterit acquirere hereditatem.

26) l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2.) Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei accrescit portio. Vgl. § 7 Note 38 u. 39.

Rechtsnothwendigkeit unterwirft ſich jeder pro parte berufene Erbe ſofort mit dem Erwerbe ſeiner Inſtitutionsportion; er weiß, daß ihm mit dieſer die ganze Erbſchaft zufallen muß, wenn die Erbportionen ſeiner Miterben vacant werden. Der Irrthum des Delaten, dieſe Vacanz exiſtire noch nicht, iſt deshalb ein unweſentlicher, der ſeinen Antritt nicht ungültig machen kann [27]).

Ein weiterer unweſentlicher Irrthum des Delaten iſt auch der über die Solvenz der Erbſchaft. Wenn er antritt, weil

---

27) l. 21 § 3 D. eod. Ulpian. lib. 7 ad Sab. Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat conditionem extitisse? Puto, posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. Julianus ſtellte den Satz auf, daß der Delat gültig antreten könne, ohne die Größe ſeiner Erbportion zu kennen, ſetzte dabei aber ſelbſtverſtändlich voraus, daß hinſichtlich derſelben kein weſentlicher Irrthum des Delaten (Note 9) und keine objective Ungewißheit obwalte (§ 10 Note 24 ff.). Dieſen Satz wandte bereits Caſſius auch auf den im Text erwähnten Fall an. Ulpian, der dies in der l. 21 § 3 cit. berichtet, wirft die Frage auf, ob dieſer Anwendung nicht der Grundſatz entgegenſtehe, nach welchem der Erbe eine bedingt hinterlaſſene Erbportion nur antreten kann, wenn ihm die Exiſtenz der conditio bekannt iſt (Note 25). Er verneint dieſe Frage. Jener Grundſatz kann hier nicht Platz greifen, weil der Erwerb der Subſtitutionsportion nicht durch den Eintritt der Bedingung erfolgt — dieſe könnte nur die Delation bewirken —, ſondern durch den Eintritt der Accrescenz, d. i. durch den Eintritt einer conditio, quae ex iure venit. Juriſtiſch iſt deshalb der Fall, wo die Subſtitutionsportion durch Erfüllung einer conditio an den Subſtituten gelangt, nicht verſchieden von dem, wo dies in Folge der Repudiation des inſtituirten Miterben geſchieht. Ueber den Inhalt dieſer Stelle wird viel geſtritten, vergl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 422, Puchta, Vorleſ. Bd. 2 Beil. XXIII, v. Vangerow a. a. O. § 498.

er ſie fälſchlich für ſolvent, oder wenn er repudiirt, weil er ſie fälſchlich für inſolvent hält, ſo handelt er in einem error in causa, der gleichfalls keine fehlerhafte Willenserklärung erzeugt. Die Ausübung des Erbrechts iſt deshalb in dem einen wie in dem anderen Falle gültig [28]). Aber ein Nachtheil wird hier dem Delaten in Folge des Irrthums zugefügt; bei Entſchuldbarkeit deſſelben ſtand ihm deshalb urſprünglich der Anſpruch auf in integrum restitutio zu [29]). Nach der Einführung des beneficium inventarii kann davon aber nicht mehr die Rede ſein. Denn wenn jetzt den Delaten ein Irrthum über den Beſtand der Erbſchaft zum Antritt oder zur Repudiation beſtimmt, ſo läßt ſich nicht dieſer, ſondern nur die Nichtbenutzung des beneficium inventarii als der Grund ſeiner Läſion betrachten; es fehlt daher der Zuſammenhang zwiſchen der Läſion und der causa restitutionis, durch welchen der Anſpruch auf Reſtitution bedingt iſt [30]).

c. Ungewißheit der Delation *).

§ 10.

Die gültige Ausübung des Erbrechts ſetzt ihrer Wirkungen wegen die Gewißheit der Delation voraus [1]). Der

---

28) l. 8 pr. D. eod. Ebenſo wenn ihr Motiv metus oder dolus war, l. 21 §§ 5, 6 D. quod met. causa (4. 2), l. 40 D. de dolo malo (4. 3), l. 85 D. de A. v. E. H. Vgl. § 1 Note 51.

29) §§ 5, 6 J. de hered. qual. (2. 19). Gaius II. 165.

30) Puchta, Pand. u. Vorl. § 101.

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 416 ff., Bd. 43 S. 103 ff., Hunger, Das röm. Erbr. S. 458 ff., Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. § 183 sub II. c., v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 § 498, meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erw. d. Erbſch. und d. Verm. in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 148 ff.

1) l. 76 D. de R. J. (50. 17). In totum omnia, quae animi

Antritt kann keine Acquisition, die Repudiation keine successive Delation der Erbschaft zur Folge haben, wenn das Recht, durch welches diese beiden Acte bedingt sind, noch zweifelhaft ist. Es würde sonst einer Person die Disposition über den Nachlaß eingeräumt werden, die einerseits den Erwerb der Erbschaftsrechte nicht beweisen, und die andererseits für die Erbschaftsschulden nicht haften könnte; die Berufung auf ihre noch ungewisse Erbenqualität müßte sie trotz des Antritts von dieser Haftung befreien. Ein solcher Rechtszustand würde das Interesse der betheiligten Personen gefährden. Ihre Sicherstellung fordert, daß die Ausübung des Erbrechts während seiner Ungewißheit eine nichtige ist, und daß einstweilen für die Erhaltung des Nachlasses eine Cura angeordnet wird[2]), sofern nicht besondere Gründe die provisorische Einräumung des Erbschaftsbesitzes an den muthmaßlichen Erben rechtfertigen[3]).

Die rechtliche Unmöglichkeit, das ungewisse Erbrecht auszuüben, gereicht auch dem Delaten selbst zum Vortheil. Sie stellt sein Erbrecht einem noch nicht existirenden gleich und ermöglicht ihm deshalb nach eingetretener Gewißheit desselben die nochmalige Verfolgung aller iura hereditaria,

---

destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. l. 23 D. de A. v. O. H. (29. 2). In repudianda hereditate ... certus esse debet de iure suo is, qui repudiat.

2) l. 8 pr. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4). Si diu incertum sit, heres extiturus necne sit, causa cognita permitti oportebit, bona rei servandae causa possideri; et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur l. 9 pr. D. eod. unus ex creditoribus. l. 2 § 4 D. de curat. bon. dando (42. 7). Nec omnimodo creditorem esse oportet eum, qui curator constituitur, sed possunt et non creditores. Die missio in possessionem der Gläubiger ist heute unpraktisch, vgl. § 2 Note 5.

3) Vgl. z. B. unten die Noten 8, 9, 11.

welche er in der Zeit, wo er die Delation nicht beweiſen konnte, erfolglos geltend gemacht hat[4]). Dieſen Klagen würde die exceptio rei iudicatae entgegenſtehen, wenn ſein früherer Antritt gültig geweſen wäre. Nur Einen Nachtheil könnte an ſich die Ungültigkeit deſſelben für ihn haben: wenn er vor der Gewißheit der Delation ſterben ſollte, würde ſie ihn hindern, ſeinen Erben die Transmiſſion der Erbſchaft zu ſichern[5]). Dieſe Eventualität hat aber die Vorſchrift unſchädlich gemacht, daß ein Erbrecht, deſſen Ausübung ſeiner Ungewißheit wegen ruhen muß, ſtets noch an die Erben des Delaten gelangen ſoll. Mit dieſer Ergänzung entſprechen demnach die Beſtimmungen des römiſchen Rechts dem allſeitigen Intereſſe[6]).

4) l. 25 pr. D. de exc. rei iudic. (44. 2). Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit et postea heres factus eandem hereditatem petet, exceptione rei iudicatae non summovebitur. l. 18 D. eod.

5) Im vorjuſtinianeiſchen Rechte geſellte ſich dazu für einen cum cretione continua eingeſetzten Erben die Gefahr, ſein Erbrecht durch den Ablauf der Cretionsfriſt zu verlieren. Die cretio vulgaris enthielt daher den Zuſatz: cernito in centum diebus proxumis, quibus scies poterisque, Gaius II. 171 sqq.

6) Urſprünglich wurde eine ſ. g. Transmiſſion der Delation nur durch Ein Hinderniß des Antritts begründet, nämlich durch das impedimentum ex S. C. Silaniano, l. 1 pr. § 27, l. 3 §§ 30—32, l. 4 D. de S. C. Silaniano (29. 5). Später ließen kaiſerliche Conſtitutionen dieſelbe auch da zu, wo die Ausübung des Erbrechts ſeiner Ungewißheit wegen unterbleiben mußte, aber nur in einzelnen beſtimmten Fällen, l. 6 § 1, l. 42 § 3 D. de bon. libert. (38. 2). Schließlich betrachtete die römiſche Jurisprudenz es als ein allgemeines, von der aequitas gefordertes Princip, dem Erben des Delaten überall zu Hülfe zu kommen, wo dieſer ſelbſt wegen Ungewißheit ſeines Erbrechts nicht hatte antreten können, l. 12 D. de Carb. edict. (37. 10), l. 1 § 1 D. ad S. C. Tert. (38. 17), l. 30 pr., l. 84, l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 4 § 3, l. 5 D. de b. p. c. t. (37. 4), vgl. Note 7 bis Note 16. Hiermit war jedes rechtliche Hinderniß der Ausübung des Erbrechts ein Transmiſſionsgrund geworden, bis auf eins: bei dem

Eine Ungewißheit des Erbrechts oder der Delation kann in verschiedenen Richtungen vorkommen: es kann die Existenz, es kann der Umfang oder der Grund der Delation, und es kann die Wirkung der Berufung zweifelhaft sein. Jeder dieser Fälle bedarf einer besonderen Erörterung, weil die rechtliche Wirkung der Ungewißheit nicht überall dieselbe ist.

Wo die Existenz des Erbrechts ungewiß ist, so daß auch der Delat über dieselbe im Zweifel sein muß, wird seine Ausübung stets suspendirt. Dieser Fall kann aus mannigfaltigen Gründen eintreten. Er liegt nicht blos vor, wenn über den Tod des Erblassers keine Gewißheit besteht[7]),

---

nach der lex Julia unzulässigen Antritt ante apertas tabulas, Ulpian. fragm. XVII. 1, konnte die Wissenschaft die Transmission nicht einführen, weil hier das mit dem Interesse des Kaisers identische Interesse des Fiscus zu berücksichtigen war. Für diesen Fall mußte eine constitutio principis abgewartet werden, die erst der Kaiser Theodosius erließ, c. un. C. de his qui ante apert. tabul. transm. (6. 52).

7) l. 19 D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. l. 13 § 1 D. eod. Si quis dubitet, vivat testator nec ne, repudiando nihil agit. Anwendungen dieses Grundsatzes finden sich z. B. in c. 5 C. solut. matr. (5. 13) und c. 4 C. de postlim. (8. 51). Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat, ab hostibus interfectam an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, quum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur, nec super facultatibus eius, cuius incerta vita ac fortuna fuit, transigi vel iudicari potuit. Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit, tunc vobis licentia permittitur agnoscendae per bonorum possessionem successionis; non officientibus enim, quae perperam gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet. Dem römischen Beweisprincipe gegenüber konnte man auch die Beerbung

ſondern auch, wenn z. B. bei der teſtamentariſchen Berufung nach der Lage der Sache noch der Eintritt der conditio, unter welcher die Erbeinſetzung erfolgte[8]), oder die testamenti factio

---

einer Perſon, von der man nicht weiß, ubi sit et an sit, oder an supersit nec ne, l. 10 D. de R. N. (23. 2), Nov. 22 c. 7, vom Beweiſe ihres Todes abhängig machen, weil der Richter ſchon das als erwieſen anzuſehen hatte, was ſich unter Erwägung aller Umſtände ſeiner moraliſchen Ueberzeugung nach als glaubwürdig herausſtellte, l. 3 § 2 D. de test. (22. 5). Bis dieſer Beweis geführt war, wurde hier das zurückgelaſſene Vermögen auf Antrag der Verwandten oder Gläubiger unter eine gewöhnliche cura absentis geſtellt, l. 15 pr. ex quib. caus. maior. (4. 6), l. 6 § 2 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), l. 22 § 1 D. de reb. auct. iud. (42. 5). Heute greift, falls der Beweis des Todes nach den Grundſätzen der modernen Beweistheorie unmöglich iſt, das in Folge dieſer durch die Praxis entſtandene Verſchollenheitsrecht Platz, vgl. § 1 Note 1 und § 2 Note 4. Handelt es ſich um einen Abweſenden, deſſen Todestag ſpäter nachgewieſen werden kann, ſo können die Erben des inzwiſchen verſtorbenen Delaten an ſeiner Stelle den Erwerb der Erbſchaft beanſpruchen, nach Analogie der l. 30 pr., l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 12 D. de edict. Carb. (37. 10). Die c. 7 C. de iure delib. (6. 30) ſteht damit nicht in Widerſpruch. Sie ſagt nur, daß eine hereditas nondum adita nicht auf die Erben des Delaten übergeht; die Frage, ob dieſe einen Anſpruch auf i. i. r. haben, iſt hier gar nicht aufgeworfen.

8) l. 21 D. de condit. (35. 1). . . . nam huiusmodi conditiones, si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus fuerit, quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse. l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). . . . certus esse debet . . ., an ex institutione an ex substitutione heres existat. l. 3, l. 13 § 2 D. eod. Bei bedingter Erbeinſetzung muß die Ausübung des Erbrechts ſo lange ſuspendirt ſein, bis die Exiſtenz der conditio nachweisbar iſt. Für die Zeit, wo ihre Erfüllung ungewiß iſt, tritt indeſſen nicht nothwendig eine cura bonorum ein, ſondern der bedingt Eingeſetzte kann gegen Caution den proviſoriſchen Beſitz der Erbſchaft erhalten, l. 5 pr., l. 6, l. 10 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 12 D. qui satisd. cog. (2. 8), l. 23 § 1 D. de hered. inst.

des Teſtators[9]), oder die Aechtheit ſeines Teſtaments[10]) in Frage geſtellt werden muß. Im letzten Falle entſteht indeſſen für den Inſtituirten nur dann eine Ungewißheit über die Exiſtenz ſeines Erbrechts, wenn ſich die Anklage der Fälſchung gegen dritte Perſonen richtet; wo ſie gegen ihn ſelbſt erhoben iſt, ſteht ſie ſeinem Antritte nicht entgegen, weil er

---

(28. 5). Stirbt er, ohne von der Erfüllung der conditio Kenntniß erhalten zu haben, ſo muß das Erbrecht ſeinen Erben reſtituirt werden.

9) l. 32 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem, etsi eius conditionis sit in veritate, ut testari poterit. l. 34 pr. D. eod. . . . quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat. l. 2 § 3 D. unde legitimi (38. 7). Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum paterfamilias, an filiusfamilias sit, quia pater eius ab hostibus captus adhuc vivat, vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis est, ne possit peti bonorum eius possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, quum incertum sit, an testari possit. Quum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio. Auf Grund des äußerlich fehlerfreien Teſtaments haben aber die eingeſetzten Erben Anſpruch auf die missio Hadriana, c. 2, 3 C. de edict. div. Hadr. toll. (6. 33). Stellt ſich erſt nach dem Tode der Teſtamentserben die Teſtirfähigkeit ihres Erblaſſers heraus, ſo tritt Transmiſſion ein, l. 1 § 1 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater eius ab hostibus captus sit, si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri iis per Praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.

10) l. 51 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Eum, qui duobus testamentis eiusdem testatoris heres scribitur, quum dubitet, num posterius falsum sit, ex neutro eorum posse adire hereditatem placet.

hier ſeinerſeits nicht über ſein Erbrecht zweifeln und deshalb die Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten gegen die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer nicht durch den Einwand, daß die Delation an ihn noch ungewiß ſei, ablehnen kann [11]). Ebenſo hindert die vermeintliche Schwangerſchaft der Wittwe des Erblaſſers nicht unter allen Umſtänden den Antritt des nach dem postumus berufenen Erben. Wo die Annahme der Schwangerſchaft in bloßen Gerüchten ihren Grund hat, reicht ſie nicht aus, um ſein Erbrecht zu einem ungewiſſen zu machen; dieſe Gerüchte müſſen ſich daher erſt bewahrheiten, wenn ſein Antritt ungültig werden ſoll. Dagegen bleibt derſelbe wirkungslos, wenn die Wittwe ſelbſt ſchwanger zu ſein behauptet; ebenſo, wenn ſie dies zwar leugnet, aber das Urtheil Sachverſtändiger oder ſonſtige Umſtände ihre Schwangerſchaft glaubwürdig machen. Es bedarf alſo nicht nothwendig einer missio ventris nomine, um die Succeſſion des eventuellen Erben aufzuhalten und eine Cura über den Nachlaß herbeizuführen [12]).

---

11) l. 46 D. de A. v. O. H. (29. 2). Quum falsum testamentum diceretur, si quidem ipse heres accusaretur, quoniam certus esse debeat, se falsum non fecisse, recte adibit hereditatem; sin autem alius argueretur citra conscientiam eius, non potest adire, quasi dubitet, verum esse testamentum. l. 30 § 8 D. eod. Si certus sum, non esse falsum testamentum, ... possum adire hereditatem. Wo der Antritt unzuläſſig iſt, ſteht indeſſen auch hier dem Teſtamentserben die missio Hadriana zu, Paulus R. S. III. 5. § 14, c. 2 C. de edict. div. Hadr. toll. (6. 33); und auch hier wird eventuell die Delation auf ihre Erben transmittirt, l. 6 § 1 D. de bon. libert. (38. 2). Quum patroni filia heres instituta esset a liberto, falsumque testamentum dictum esset, in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obiisset, heredibus eius Divus Marcus subvenit, ut idem haberent, quod haberet patroni filia, si viveret. l. 43 § 2 D. eod.

12) l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Quod dicitur: Pro-

Nach dem edictum Carbonianum wird die Ausübung

---

ximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit, non esse praegnantem, potest, accipe: proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. § 3. Quod dicitur: si putetur esse praegnans, sic accipiendum est, si dicat se praegnantem. Quid ergo, si ipsa non dicat, sed neget, alii dicant, praegnantem esse? Adhuc adiri hereditas non potest, finge obstetrices dicere. Quid si ipse putat solus? Si iusta ratione ductus, non potest adire, si secundum multorum opinionem, potest. § 4. Quid ergo, si praegnans fuit, quum putaret heres, non esse praegnantem, et adiit, mox abortum factum est? Procul dubio nihil egerit. Toties igitur ei sua praesumtio proficit, quoties concurrit cum veritate. In dem zuletzt erwähnten Falle ſtand dem Antretenden noch gar kein Erbrecht zu, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur, l. 30 § 1 cit. i. f. Ueber das Verfahren, welches eintritt, wenn die Wittwe ſchwanger zu ſein behauptet, und über die missio ventris nomine vgl. l. 1 §§ 10—15 D. de ventre inspic. (25. 4), l. 1, 3, 5, 6 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). Wo die missio von der Wittwe nachgeſucht iſt, können die Erbſchaftsgläubiger und die eventuellen Erben neben der cura ventris die Anordnung einer cura bonorum fordern, l. 1 §§ 17. 18 D. de ventr. in poss. mitt. (37. 9); wo die Schwangerſchaft der Wittwe anzunehmen iſt, während ſie von ihr ſelbſt verneint oder wenigſtens nicht zum Zweck der missio ventris nomine geltend gemacht wird, tritt blos die cura bonorum ein, Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. § 194 Note 10. Erweiſt ſich ſpäter die Annahme der Schwangerſchaft als irrig, ſo wird das Erbrecht des inzwiſchen verſtorbenen Delaten ſeinen Erben reſtituirt, nach Analogie der l. 12 D. de Carb. edict. (Note 16). Das in dieſer Stelle ausgeſprochene Princip der aequitas fordert die Transmiſſion auch in dieſem Falle; natürlich gelangte dies Princip nicht ohne Widerſpruch zur Geltung, und es kann daher nicht auffallen, wenn Cervidius Scävola hier noch keine Transmiſſion zulaſſen will, l. 3 §§ 30, 32 D. ad S. C. Silan. (29. 5). Hat die Wittwe ſich wider beſſeres Wiſſen für ſchwanger ausgegeben und dadurch den Antritt des Delaten verhindert, ſo ſind deſſen Erben bei der Subſidiarität der Reſtitution zuvörderſt auf eine Delictsklage gegen jene calumniae causa verwieſen, mit der ſie ihr volles Intereſſe

des Erbrechts auch in dem Falle vertagt, wenn einem impubes ſeine Eigenſchaft als Kind des Erblaſſers beſtritten, und dadurch Ungewißheit über die Perſon des Delaten entſtanden iſt[13]). An und für ſich hätte hier die auf einem praeiudicium de statu beruhende controversia hereditatis ſofort zuläſſig ſein müſſen, allein die Unfähigkeit der Unmündigen, ſich ſelbſt zu vertheidigen[14]), veranlaßte den Prätor, für ſie eine beſondere Beſtimmung zu treffen. Nach ihr kann kraft obervormundſchaftlichen Beſchluſſes, wenn es dem Pupillen vortheilhaft iſt, der Aufſchub des Proceſſes über ſeinen Status und ſein Erbrecht gefordert, und proviſoriſch die Erbſchaft für ihn in Anſpruch genommen werden, ſofern ſich nach einer ſummariſchen causae cognitio ſeine Kindſchaft nur als möglich erweiſt[15]). Für den, der in der

---

in Anſpruch nehmen können, l. un. § 8 D. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. causa esse dicet. (25. 6). Nonnunquam augebitur, quod interest, si quis forte dubitans, an praegnans sit, exclusus sit hereditate; nam heredi eius, qui exclusus est, dandam hanc actionem Julianus ait, siquidem eius quoque interfuit, non fuisse calumniae causa in possessione mulierem, quia hoc si non fuisset, adeunde hereditatem instituta heredi suo locupletiorem hereditatem suam relinqueret. Vgl. Glück's Commentar Bd. 28 S. 341 ff. War die Wittwe in der That zu der Zeit ſchwanger, als der eventuelle Delat ſtarb, ſo kann natürlich, auch wenn ſie ſpäter keinen lebenden postumus zur Welt bringt, von einer Transmiſſion an die Erben des eventuellen Delaten keine Rede ſein: denn hier iſt an dieſen die Delation überhaupt nicht erfolgt, weil der venter ihm im Wege ſtand, l. 4 D. ad S. C. Silan. (29. 5).

13) D. XXXVII. 10. C. VI. 17 de Carbon. edicto.

14) l. 3 § 5 i. f. D. de Carb. edict. (37. 10).

15) l. 1 pr., l. 3 §§ 4, 5, 10 D. eod. Gegen Realcaution erhalten die Vormünder des impubes die Verwaltung der Erbſchaft, l. 15 D. eod. Iſt dieſe Caution nicht beſtellt, ſo wird der Gegner mit in den Beſitz des Nachlaſſes geſetzt und erhält gegen Realcaution

That der Delat ist, aber wegen des bevorstehenden Streites noch in Zweifel darüber sein muß, cessirt aus diesem Grunde das Recht zum Antritt. Sein Tod während des Provisoriums ist indessen seinen Erben nicht nachtheilig: es wird auf sie das Erbrecht transmittirt, weil es der Delat selbst nicht ausüben konnte [16]).

Durch einen von der Wittwe des Erblassers erwarteten postumus und durch die bestrittene Kindschaft eines impubes kann auch lediglich der Umfang des Erbrechts für gleichberechtigte Erben zweifelhaft werden. Daß sie Delaten sind, ist gewiß, aber die Größe ihrer Erbschaftsquote ist ungewiß. In den beiden genannten Fällen hebt diese Ungewißheit die Ausübung des Erbrechts nicht völlig auf, weil sich hier ein Erbtheil feststellen läßt, der den gleichberechtigten Erben

---

die Verwaltung desselben; kann auch er eine solche Caution nicht leisten, so wird ein curator bonorum ernannt, l. 1 § 1, l. 5 §§ 1, 2, 5 D. eod. In jedem Fall gebühren aber dem impubes Alimente aus der Erbschaft, die, wenn er selbst in dem späteren Rechtsstreite unterliegt, nicht zurückgefordert werden können, l. 5 § 3 D. eod. Wer ihm die Kindschaft abgestritten hat, ob schon der Erblasser selbst oder dessen eventueller Erbe oder ein Erbschaftsschuldner, ist irrelevant, l. 1 §§ 4, 7, l. 3 § 12 D. eod. Quum extaret impubes, qui se filium defuncti diceret, debitoresque negent, eum filium esse defuncti, et intestati hereditatem ad agnatum, qui forte trans mare aberit, pertinere, necessarium erit puero Carbonianum edictum; sed et absenti erit prospiciendum, ut cautio praestetur.

16) l. 12 D. eod. Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest; quodsi medio tempore scriptus vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante vel ob litem in dubio constituti?

jedenfalls zukommen muß. Dieſen können ſie deshalb ſofort antreten oder repudiiren. Wo nämlich die Nachkömmlinge von blos Einer Mutter zur Erbfolge berufen ſind, nimmt das römiſche Recht eine Drillingsgeburt als möglich an und regulirt danach proviſoriſch die Delation: für den venter werden alſo drei Erbportionen zurückbehalten, und den ſchon geborenen Erben wird der Nachlaß einſtweilen zu den ſich hiernach ergebenden Quoten deferirt[17]). Ihr in Wahrheit umfaſſenderes Erbrecht kann erſt auf dem Wege der Accrescenz an ſie gelangen, wenn demnächſt überhaupt kein postumus zur Welt kommt, oder wenn deren weniger als drei geboren werden[18]); inzwiſchen wird es als ein den nascituri

17) l. 3 D. si pars hered. pet. (5. 4), Paul. lib. 17 ad Plaut. Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent, sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt; nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis annumerentur .... Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint ... Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.

18) l. 4 D. eod. Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est. Dem zuletzt erwähnten außergewöhnlichen Falle gegenüber war es gerechtfertigt, den ſchon vorhandenen Erben mehr zu berückſichtigen, als einen ſolchen, der aller Wahrſcheinlichkeit nach niemals exiſtiren wird; für dieſen thut das Recht genug, wenn es eine eventuelle Decrescenz anordnet, ohne die damit für ihn verbundene Gefahr weiter in Anſchlag zu bringen.

zuſtehendes behandelt[19]). In gleicher Weiſe geſtaltet ſich die

19) l. 28 § 5 D. de iudic. (5. 1), Paul. lib. 17 ad Plaut. Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, cum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam adspici debere. Dieſe Stelle weiſt auf eine Meinungsverſchiedenheit unter den Proculejanern und Sabinianern hin, über welche wir noch näheren Aufſchluß finden in l. 36 D. de solut. (46. 3), Julian. lib. 1 ad Ursej. Feroc. Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem, nihil me consumsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius est, me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset, neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque ... Wenn ein Vater mit Hinterlaſſung eines Sohns und einer ſchwangeren Wittwe intestatus verſtirbt, ſo iſt für den Sohn zwar die Exiſtenz ſeines Erbrechts von vornherein gewiß, aber die wahre Größe ſeiner Erbportion iſt bis zur Entſcheidung über die agnatio postumi ungewiß. Beſchränkte er ſich demungeachtet bei der Verfolgung der erbſchaftlichen Rechte nicht auf ſeinen proviſoriſchen Erbtheil, ſondern klagte auf das Ganze oder auf die Hälfte, ſo mußte er wegen plus petitio den Proceß verlieren, Paul. R. S. I. 13b § 5. So weit waren die Proculejaner und Sabinianer einverſtanden. Wenn nun aber ſpäter in der That kein, beziehungsweiſe blos Ein postumus geboren wurde, ſo entſtand die Frage, inwieweit die hereditatis petitio durch den früheren Proceß conſumirt worden ſei. Ueber dieſe Frage gingen die Anſichten der beiden Schulen aus einander. Die Proculejaner erklärten ſich nach der zweiten Stelle dahin, daß in dieſem Falle überhaupt keine Conſumtion eingetreten ſei (nihil me consumsisse), da der Kläger früher in Wahrheit richtig geklagt habe: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura ve-

Sache, wenn ein impubes ex edicto Carboniano nur auf

---

rum fuisset, me solum heredem fuisse. Dieſer Entſcheidungsgrund zeigt, daß ſie ſich in Erinnerung an die Lehre der Stoiker, nach welcher Alles dem Verhängniß gemäß geſchieht (vgl. Zeller, Die Philoſophie der Griechen Bd. 3 S. 83), von dem philoſophiſchen Grundſatz leiten ließen, das Zukünftige ſei ſchon, bevor es eintrete, gewiß, oder wie ihn Paulus in der erſten Stelle ausdrückt: in rerum natura omnia certa esse, cum futura utique fierent. Hiervon ausgehend argumentirten ſie in folgender Weiſe: Objectiv iſt das Erbrecht des Sohns ſeinem Umfange nach von vornherein gewiß, deshalb ſteht es ihm in Wirklichkeit auch ſofort in dieſem Umfange zu, ſo daß nachträglich von einer plus petitio nur noch die Rede ſein kann, wenn die agnatio postumi zeigt, daß er zu einer größeren, als der ihm gebührenden Quote die hereditatis petitio angeſtellt hat. Das iudicium über dieſe Klage muß daher in pendenti ſein und ſich erſt ſpäter entſcheiden, ob es Geltung hat oder nicht, d. h. wie ſonſt bei einer res dubia, muß auch hier eine Rückziehung eintreten, indem die Handlung des Erben in der Zeit der Ungewißheit ex postfacto beurtheilt wird, l. 15 D. de reb. dub. (34. 5), vgl. Fitting, Der Begriff der Rückziehung. Liegt alſo nach dem Ausgang der Schwangerſchaft in Wahrheit eine plus petitio vor, ſo müſſen die Erbſchaftsrechte in dem eingeklagten Umfange dem Erben verloren gehen; denn in dieſem Falle trifft die Vorausſetzung des früheren Urtheils zu, und es ſteht deshalb der neuen Klage die exceptio rei iudicatae entgegen. Wenn ſich aber die frühere Klage als richtig und damit die Vorausſetzung der ergangenen Sentenz als falſch erweiſt, ſo kann jene durch dieſe nicht conſumirt, alſo auch die exceptio rei iudicatae nicht begründet ſein. Dieſer Argumentation ſtellten die Sabinianer folgende gegenüber, die von der ſpäteren Jurisprudenz recipirt wurde: Es kann nicht in Betracht kommen, daß der Ausgang der Schwangerſchaft objectiv gewiß iſt, ſondern nur, daß er für das Bewußtſein der Menſchen ungewiß iſt: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam adspici debere. Wenn aus dieſem Grunde zunächſt eine Drillingsgeburt als möglich angenommen, und deshalb das Erbrecht des Sohns auf eine quarta pars fixirt wird, ſo muß der Sohn ſtets eine plus petitio machen, wenn er ſeine hereditatis petitio nicht auf jene Quote beſchränkt, alſo die verfolgten Erbſchaftsrechte immer zu der quarta pars, — aber auch immer nur zu dieſer — deſ-

einen Theil der Erbſchaft Anſpruch hat[20]). Auch hier gilt zuvörderſt der impubes als Miterbe[21]), und auch hier kann deshalb die ihm vorbehaltene Erbportion den legitimen Kindern erſt accresciren, wenn ſie in dem iudicium de statu geſiegt haben. Dieſe Accrescenz ſichert als ein unwillkürlicher und unvermeidlicher Zuwachs der erworbenen Portion auch den Erbeserben den vollen Erbtheil[22]).

Eine derartige proviſoriſche Delation tritt aber nur in den beiden erwähnten Fällen ein; wo ſonſt wegen der ungewiſſen Zahl der Miterben die Erbſchaftsquote eines Delaten unbekannt iſt, giebt es dieſelbe nicht. Schon bei den postumi fällt ſie weg, wenn dieſelben von mehreren Müttern erwartet werden. Hinterläßt Jemand z. B. ein

---

nitiv verlieren, gleichviel ob und wie viele postumi künftig geboren werden. Denn die Rückziehung der Proculejaner widerſtreitet der Natur des iudicium, der zufolge es nicht in pendenti ſein kann, l. 35 D. de iudic. (5. 1). Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse — ita iudicium in pendenti potest esse. — Die beiden erörterten Stellen haben ſehr verſchiedene Interpretationen erfahren, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 321 ff., v. Scheurl, Beitr. z. Bearb. d. röm. R. Heft 1 S. 82 ff., Windſcheid in der krit. Ueberſchau Bd. 1 S. 202 Note 2.

20) l. 3 § 10 D. de Carb. edict. (37. 10). . . . Si vero alter se solum, alter et se (filium) dicat, si quidem ille adoleverit, qui se solum dicat, adhuc differtur controversia propter pueritiam eius, qui et se dicit, sed de parte, non de toto; de parte enim utique nec litigatur. l. 5 pr., l. 7 § 5 D. eod.

21) l. 7 § 4 D. eod. Quoties Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit. l. 3 § 13, l. 15 D. eod.

22) l. 9 D. de suis et legit. hered. (38. 16). Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet.

Geſchwiſterkind und die nascituri von mehreren Wittwen ſeiner Brüder als Erben, ſo giebt es für jenes bereits geborene Geſchwiſterkind keine beſtimmte Quote, zu welcher es einſtweilen berufen iſt, ſondern es wird ihm die Erbſchaft zu einer incerta pars deferirt. Und ebenſo verhält es ſich, wenn aus irgend einem andern Grunde die Zahl der Miterben nicht feſtſteht, z. B. weil dieſelben in weiter Ferne abweſend ſind und ſich deshalb nicht ſofort ermitteln läßt, wie viele deren exiſtiren[23]). Ueberall wo die Delation wie hier vorerſt nur zu einem unbeſtimmten Theile erfolgen kann, iſt nach ius civile durch dieſe Ungewißheit über den Umfang des Erbrechts die Ausübung deſſelben gehemmt[24]). Der Prätor hat dagegen den Antritt und die Verfolgung des Erbrechts zu einer incerta pars geſtattet und dadurch den Richter ermächtigt, nach ſeinem Ermeſſen zu beſtimmen, welcher Theil der Erbſchaft für die ungewiſſen Miterben reſervirt werden ſoll[25]). Sofern er dazu genügende Anhaltspunkte hat, können die vorhandenen Erben einſtweilen den übrigen Theil der Erbſchaft erwerben. Ihr Intereſſe fordert aber möglicher Weiſe, von dieſer Befugniß keinen

23) Ueber die Berufung verſchollener Erben vgl. § 15.

24) l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). . . . certus esse debet, an pro parte, an ex asse . . . heres existat.

25) l. 1 § 5 D. si pars hered. pet. (5. 4). Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus; utputa, est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est, quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, deberi ei incertae partis vindicationem concedi. Vgl. Glück's Commentar Bd. 8 S. 8 und Sintenis a. a. O. § 192 sub C. 5.

Gebrauch zu machen, ſondern ſich über ihre Erbfolge erſt nach eingetretener Gewißheit zu entſcheiden. Deshalb iſt es auch hier billig, wenn ſie vorher ſterben, das Erbrecht noch ihren Erben zu gewähren. Im Fall der Ungewißheit des Delationsgrundes hat der Prätor, wie ſich gleich zeigen wird, aus dieſer Rückſicht die Transmiſſion geſtattet; es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß ſie, wo der Umfang des Erbrechts ungewiß iſt, gleichfalls eintreten muß [26]).

Nach ius civile kann ein Erbe die Erbſchaft auch dann

26) Mit der Ungewißheit der Erbſchaftsquote darf der Fall nicht verwechſelt werden, wo ihre Größe feſtſteht und blos dem Delaten perſönlich noch nicht bekannt iſt. Dieſe Unkenntniß hindert ihn niemals, ſein Erbrecht auszuüben. Es kann daher z. B. der Teſtamentserbe ſchon vor Eröffnung des Teſtaments, obwohl er ſeine Erbportion nicht kennt, gültig erklären, das ihm Hinterlaſſene erwerben oder repudiiren zu wollen, c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51). ... etiam clausis tabulis tam existere heredes, quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 205: Erbſchaftsantretung bei uneröffnetem Teſtament. Ferner exiſtirt ſelbſtverſtändlich keine den Antritt hindernde Ungewißheit über den Umfang des Erbrechts, wenn ein Miterbe nicht weiß, welche Quote ihm im letzten Reſultat durch die Erbfolge zufallen wird; darüber kann er bei der Rechtsnothwendigkeit, mit welcher die Accrescenz erfolgt, niemals ſofort Kenntniß haben. Es iſt deshalb der Antritt in folgendem Falle möglich: l. 5 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4). ... Quodsi forte ita institutio facta est: quotcunque mihi nati erunt, et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto, habebit haesitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Sed utilius est, posse eum adire, qui nescit portionem, si cetera, quae oportet eum scire, non ignoret. v. Vangerow a. a. O. überſieht bei dieſer Stelle, daß es ſich hier nur um eine Ungewißheit darüber handelt, wie groß die Erbſchaftsquote im letzten Reſultate ſein wird. Bis zur Entſcheidung über die agnatio postumi iſt ſie vorläufig eine quarta pars; daher kann der Delat zu dieſer die Erbſchaft antreten.

nicht antreten, wenn es noch ungewiß iſt, ob ſie ihm ex testamento oder ab intestato zukommt[27]), obwohl feſtſteht, daß ſeine Berufung aus dem einen oder dem andern Grunde erfolgen wird, und obwohl ſich ein proviſoriſcher Erbtheil, auf welchen er jedenfalls Anſpruch hat, ausſcheiden läßt. Das prätoriſche Recht hat aber auch hier den Antritt ermöglicht. Die Quellen enthalten dafür folgendes Zeugniß. Wenn ein Erblaſſer in ſeinem Teſtament einen erwarteten postumus präterirt hat, ſo kann iure civili der inſtituirte filius bis zur Entſcheidung über die agnatio postumi die Erbſchaft zu keinem Theile erwerben, auch nicht zu einer quarta pars. Erweiſt ſich die Wittwe des Erblaſſers ſpäter nicht als ſchwanger, ſo iſt zwar der filius suus ſofort ipso iure aus dem Teſtament Erbe geworden und hat deshalb, wenn er auch vor der Entſcheidung geſtorben iſt, den Nachlaß auf ſeine Erben transmittirt, beim filius emancipatus aber geht in dieſem Falle den Erben die Erbſchaft verloren, weil er nur durch den Antritt dieſelbe erwerben kann, der in der Zeit der Ungewißheit unſtatthaft iſt. Daſſelbe Reſultat tritt ein, wenn die Wittwe wirklich ſchwanger war, und zwar hier auch für die Erben eines inſtituirten suus: denn die jetzige Delation ab intestato erfolgt erſt mit der von ihm nicht mehr erlebten agnatio postumi[28]). Dieſen der aequitas widerſprechenden Rechtszuſtand änderte der Prätor in angemeſſener Weiſe ab. Er geſtattete dem filius emancipatus wie dem filius suus ſchon in der Zeit der Ungewißheit den

27) l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). . . . certus esse debet, . . . an testamento, an ab intestato heres existat.

28) Nur wenn kein lebender postumus zur Welt kommt, wird der suus, welcher ohne Subſtituten als heres ex asse inſtituirt iſt, ſo behandelt, als wenn er im Moment ſeines Todes ab intestato ſeinen Paterfamilias beerbt hätte, l. 16 D. de lib. et post. (28. 2).

Erwerb der Erbſchaft ex quarta parte[29]), weil beide Erben werden, es mag ein postumus zur Welt kommen oder nicht. Zugleich berückſichtigte er aber ein mögliches Intereſſe des Sohns, ſich nicht zu binden, ehe die Entſcheidung, ob er testamento oder lege berufen ſei, erfolgt war. Wenn derſelbe vorher ſtarb, gab er deshalb noch ſeinen Erben die bonorum possessio[30]).

Nach heutigem gemeinen Rechte, wo die b. p. überall den Charakter einer civilrechtlichen Delation angenommen hat[31]), hindert alſo die bloße Ungewißheit des Delations-

29) l. 1 §§ 4, 5 D. de b. p. c. t. (37. 4).

30) l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2). Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. Sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est. l. 4 § 3 D. de b. p. c. t. (37. 4). Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat; quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest. l. 5 D. eod. Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, Praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.

31) Vgl. § 4 S. 282 ff.

grundes die Ausübung des Erbrechts nicht; demungeachtet bewirkt ſie aber eine Transmiſſion, wenn der Delat ſeine Erklärung aufgeſchoben und den Eintritt der Gewißheit nicht mehr erlebt hat. Die allgemeine Geltung dieſes Satzes darf nicht um deswillen bezweifelt werden, weil ſich in den Quellen nur der erwähnte einzige Fall ſeiner Anwendung findet. Es würde jedes innern Grundes entbehren, wollte man anders urtheilen, wenn z. B. ein paterfamilias ſeinem impubes suus die Inteſtaterben deſſelben pupillariter ſubſtituirt, einer von dieſen aber die Aechtheit des Pupillarteſtaments angefochten hat. Die Pupillarſubſtituten werden hier gerade ſo auf alle Fälle Erben, wie der inſtituirte filius, wenn die Gültigkeit des Teſtaments wegen Präterition eines erwarteten postumus zweifelhaft iſt. Der Prätor mußte daher die b. p., welche er dem filius und ſeinen Erben gab, auch den Pupillarſubſtituten und ihren Erben gewähren.

In dem zuletzt erwähnten Falle verbindet ſich mit der Ungewißheit des Delationsgrundes zugleich eine Ungewißheit über die Wirkung der Berufung, wenn die Pupillarſubſtituten sui des Teſtators ſind: ex testamento pupillari werden ſie dann nothwendige[32]), durch geſetzliche Berufung aber freiwillige Erben des impubes. Auch dieſe Ungewißheit ſteht einer wirkſamen Erklärung über die Erbfolge nicht im Wege. Durch das beneficium abstinendi hat der berufene Erbe als heres necessarius der Sache nach daſſelbe Wahlrecht wie als heres voluntarius[33]). In beiden Fällen ſteht ihm die alternative Befugniß zu, die Erbſchaft anzunehmen oder abzulehnen; die Ausübung dieſer Befugniß muß deshalb möglich ſein, wenn auch noch ungewiß iſt, ob der

32) l. 2 § 4, l. 10 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6).
33) l. 89 D. de legat. (30).

eine oder andere Fall vorliegt[34]). Es wird dabei indessen der Umstand von Bedeutung, daß, wenn der Erbe die Erbschaft ablehnt, erst die Zukunft darüber entscheidet, ob diese Ablehnung eine Abstinenz oder Repudiation ist. Denn bei diesem verschiedenen Resultate, welches die Ablehnung haben kann, ist auch hier ein Interesse des Erben denkbar, vor eingetretener Gewißheit überhaupt nicht zu handeln[35]). Wo er sich passiv verhält und die Gewißheit nicht mehr erlebt, muß daher, nach Analogie der Transmission bei ungewissem Delationsgrunde, sein Erbrecht noch an seine Erben gelangen, wenn sich nach seinem Tode zeigt, daß er ein heres voluntarius war.

Es ergiebt sich demnach folgendes Resultat: die Ungewißheit über die Existenz des Erbrechts schließt seine Ausübung stets aus, die Ungewißheit über den Umfang der Delation hat diese Wirkung nur, wenn sich auch kein provisorischer Erbtheil annehmen läßt, und die Ungewißheit über ihren Grund und über die Wirkung der Berufung hindert die Entscheidung über die Erbfolge überhaupt nicht. Indessen tritt in allen diesen Fällen die Transmission an die Erben des Delaten ein, wenn dieser als solcher während der Ungewißheit gestorben ist.

Jede anderweitige Ungewißheit ist juristisch irrelevant. So z. B. selbstverständlich die, ob die Erbschaft solvent oder insolvent ist. Hier gewährt seit Justinian das beneficium inventarii Schutz; zieht aber der Delat die Deliberation vor

---

34) Es verhält sich hier ähnlich wie in dem Falle der l. 33 D. de A. v. O. H. (29. 2). Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi, et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire.

35) Wer abstinirt, kann die Erbschaft noch wiedererhalten, wer repudiirt, nicht, l. 8 D. de iure delib. (28. 8), l. 6 pr. D. de reb. auct. iud. (42. 5), c. 6 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31), l. 69 D. de R. J. (50. 17). Vgl. § 9 Note 12.

und ſtirbt während derſelben, ſo kann von einer Transmiſſion nur innerhalb der Friſt der transmissio Justinianea die Rede ſein. Und ebenſo verhält es ſich, wenn z. B. darüber Ungewißheit beſteht, ob der Delat Filiusfamilias oder Paterfamilias iſt: denn es kann auch der Hausſohn, falls er nur großjährig iſt, ſelbſtändig über ſein Erbrecht verfügen[36]). Wenn der filiusfamilias minor dazu der Zuſtimmung ſeines Vaters bedarf, ſo iſt es eben ſeine Minderjährigkeit, welche ihm die Fähigkeit, ſelbſt ſein Erbrecht auszuüben, entzieht, nicht ſeine Eigenſchaft als Hausſohn. Iſt daher ein Minderjähriger zur Erbfolge berufen worden, während man nicht weiß, ob ſein Paterfamilias noch lebt, und iſt er in Folge deſſen als Delat geſtorben, ſo kann nur die minor aetas, nicht die Ungewißheit über ſeinen status familiae die Transmiſſion für ſeine Erben begründen[37]).

36) Nach heutigem Rechte kann dies nur das großjährige, nach Juſtinianeiſchem jedes willensfähige Hauskind. Das Pandectenrecht machte die Ausübung des Erbrechts durch einen Filiusfamilias in jedem Falle von der Zuſtimmung ſeines Vaters abhängig, weil es ſich dabei damals um einen Erwerb für dieſen handelte, vgl. § 12. Nach ihm mußte daher die Ungewißheit der Thatſache, ob der Paterfamilias des Delaten noch lebe, und damit die objective Ungewißheit, ob der Delat Paterfamilias oder Filiusfamilias ſei, ſeinen Antritt wie ſeine Repudiation unwirkſam machen. Dagegen ein blos ſubjectiver Zweifel des Delaten über ſeinen status, z. B. weil er nicht gewiß wußte, daß ſein Vater vom Großvater emancipirt, oder daß ſeine eigene Arrogation in ungültiger Weiſe erfolgt war, konnte, wie der Irrthum über eine conditio iuris (§ 9 Note 23—25), die Gültigkeit ſeiner Erklärung nicht aufheben: l. 6 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2). ... is, quem pater iussit adire, et decessit, si adierit iam mortuo patre, obliget se hereditati, ut Julianus . . . scripsit: nam eum, qui dubitat, utrum filiusfamilias, an paterfamilias morte patris factus sit, posse adire hereditatem, magis admittit. l. 34 pr. D. eod. Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum acquirere hereditatem, iam dictum est.

37) Aus dieſem Grunde muß ſie nach Analogie der l. 30 pr. und l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) eintreten.

3. Ausübung des Erbrechts durch Stellvertreter*).

§ 11.

Nach römischem Rechte muß die Ausübung des Erbrechts stets durch den Delaten selbst geschehen[1]); es kann Niemand für ihn über Antritt oder Repudiation entscheiden, nicht der Vormund für seinen Mündel[2]), nicht der Vater für sein Hauskind[3]). Dieser Grundsatz, der nur bei willensunfähigen Delaten eine Ausnahme erfahren hat[4]), fließt aus

---

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 396 ff., Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 S. 308 ff. u. S. 325 ff., Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II. e Note 28, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 508 Note 2.

1) l. 1 § 1 D. de succ. edicto (38. 9). Unus enim quisque suam bonorum possessionem repudiare potest, alienam non potest. §. 2. Proinde procurator meus sine mea voluntate meam bonorum possessionem repudiare non potest.

2) l. 1 § 4 D. eod. Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. l. 90 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Per curatorem hereditatem acquiri non posse. Die Hal. ließt per procuratorem. Diese Lesart ist zu verwerfen: denn mit der Erklärung seines Antritts kann der civile wie der prätorische Delat einen Andern beauftragen. Vgl. unten die Noten 8 u. 9.

3) c. 4 C. de iure delib. (6. 30). Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri, saepe rescriptum est. c. 11 C. eod.

4) So konnten z. B. für den infans dessen paterfamilias oder Vormund antreten, und für juristische Personen deren Vertreter; siehe §§ 12, 13, 14 u. 16. Eine beschränkte Ausnahme trat auch bei einem dem Kaiser zustehenden Erbrechte ein, l. 1 § 2 D. de off. proc. Caes. (1. 19). Et hoc est praecipuum in procuratore Caesaris, quod et eius iussu servus Caesaris adire hereditatem potest; et si Caesar heres instituatur, miscendo se opulentae hereditati procurator heredem Caesarem facit. l. 2. Quodsi ea bona, ex quibus Imperator heres institutus est, solvendo non sint, re perspecta

dem Weſen des Erbrechts. Die Wahl, zu welcher daſſelbe ermächtigt, iſt nicht auf das arbitrium boni viri, ſondern lediglich auf das ſubjective Ermeſſen des Delaten geſtellt; ſie muß deshalb eine electio personalis ſein, d. h. eine ſolche, welche der Perſon des Wahlberechtigten inhärirt [5]).

Die Natur des Erbrechts fordert aber blos die eigene Entſchließung des Delaten, deren Erklärung durch einen Stellvertreter hindert ſie nicht. Bei der alten cretio war es nur ihre Form, welche auch für die Erklärung die Repräſentation ausſchloß [6]); mit der formloſen Agnition und Repudiation des ſpäteren Rechts [7]) wurde ſie bei dieſer zuläſſig [8]). Der Delat kann ſich daher einen Mandatar beſtel-

consulitur Imperator: heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis huiusmodi hereditatibus voluntas exploranda est.

5) Es verhält ſich hier ähnlich wie bei dem Wahlrecht des Gläubigers aus einer alternativen Obligation, l. 76 pr. D. de V. O. (45. 1). Si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est; et ideo servo vel filio talis electio cohaeret. l. 141 pr. D. eod. Si servus aut filiusfamilias ita stipulatus sit: illam rem aut illam, utram ego velim, non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet. Wie hier nur der Stipulator ſelbſt, nicht ſein Gewalthaber die Wahl treffen kann, ſo kann dies auch beim Erbrecht nur der Delat ſelbſt, l. 65 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1). ... in bonorum possessione vel in adeunda hereditate consensus eius (scil. servi) necessarius est.

6) Vgl. Gaius II. 166, Ulpian. fragm. XXII. § 28.

7) § 7 J. de hered. qual. (2. 19), l. 95 D. de A. v. O. H. (29. 2). Siehe § 7 Note 9.

8) l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1). Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum, vel per alium. l. 6 pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1). Recusare autem non tantum praesentes, sed etiam absentes, vel per epistolam possunt. Urſprünglich ließ die Erklärung des Antritts durch pro herede gestio keine Stellvertretung zu, weil, ſtrenge genommen, nur der als Erbe handeln kann, der zur Erbfolge berufen iſt, alſo nur der Delat ſelbſt, l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 14 § 8 D. de relig. (11. 7), vgl. § 7 Note 12 u. 18.

len und durch ihn ausdrücklich[9]) oder stillschweigend[10]) seinen Willen bekunden lassen. Zu ihrer Wirksamkeit setzt aber diese Erklärung des Mandatars eine *specielle* Vollmacht voraus, weil ohne eine solche die erforderliche eigene Entscheidung des Delaten nicht existiren kann[11]). Die Erklä-

Deshalb mußte sogar der infans, obwohl sein Erbrecht durch seinen Paterfamilias oder Tutor für ihn ausgeübt werden durfte, die pro herede gestio selbst vornehmen, wenn auf diese Weise der Antritt erfolgen sollte, während die formlose ausdrückliche hereditatis aditio wie die Agnition der b. p. durch einen Stellvertreter erklärt werden konnte, l. 65 § 3 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Nach späterem Rechte, wo die Agnition der b. p. eine pro herede gestio involvirt, c. 12 C. de iure delib. (6. 30), wurde auch bei dieser Erklärung des Antritts die Repräsentation gestattet, c. 4 C. de iure delib. (Note 3), c. 13 pr. § 2 C. eod. vgl. § 12 u. 13. Manche heutigen Juristen nehmen irrthümlich an, daß nach röm. Recht nur die Agnition der b. p., nicht auch die hereditatis aditio durch einen Stellvertreter erklärt werden könne. Sie stützen sich auf die l. 90 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), indem sie die Lesart der Hal. adoptiren (Note 2), manche daneben auf die l. 54 pr. D. de A. R. D. (41. 1), so z. B. *Puchta*, Pand. u. Vorl. § 497. Daß die zweite Stelle keinen Beleg für jene Ansicht enthält, hat bereits *Mühlenbruch* a. a. O. S. 401 ff. nachgewiesen. Er findet dieselbe aber in der ersten Stelle bestätigt, nimmt indessen mit manchen anderen Juristen die heutige Unanwendbarkeit der vermeintlichen römischen Bestimmung an; ebenso die Praxis, *Seuffert*, Archiv Bd. 15 Nr. 232.

9) l. 48 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si quis alicui *mandaverit*, ut . . . peteret sibi bonorum possessionem, . . . postquam ille petiit, . . . acquisita est ei bonorum possessio. l. 1 § 3 D. de succ. ediet. (38. 9). *Per servum* delatam bonorum possessionem dominus repudiare potest.

10) Die Erklärung des Antritts kann also z. B. auch durch Klaganstellung per procuratorem erfolgen, *Seuffert*, Archiv Bd. 11 Nr. 161.

11) l. 25 § 5 D. eod. Sed utrum generaliter: *quaecunque tibi hereditas fuerit delata*, an specialiter? Et magis placet, ut Caius Cassius scribit, *specialiter debere mandare*. Vgl. *Strippelmann*, Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. 5 S. 358, *Heuser's* Annal. d. Justizpfl. u. Verwalt. in Kurh. Bd. 1 S. 800: „Die Ertheilung einer Vollmacht zum Erbschaftsantritt setzt die

rung eines Generalmandatars ſteht der eines negotiorum gestor gleich, die der Delat erſt durch Ratihabition zu der ſeinigen machen muß [12]).

Der Auftrag zum Antritt oder zur Repudiation einer Erbſchaft enthält nur das eine Requiſit dieſer Geſchäfte, nämlich den dazu erforderlichen Willen des Delaten, das andere, die Erklärung dieſes Willens, kommt erſt durch die Ausführung des Auftrags zur Exiſtenz. Es liegt nicht ſchon in dem Auftrag implicite auch die Erklärung des aufgetragenen Geſchäftes durch den Mandanten ſelbſt [13]), dies ſoll vielmehr nach ſeinem Willen erſt durch die Erklärung des Mandatars in's Leben gerufen werden [14]).

Hieraus ergiebt ſich die wichtige Conſequenz, daß der Auftrag des Delaten lediglich unter den Regeln des Mandats ſteht, und daß erſt auf die Ausführung deſſelben die

---

Kenntniß des Vollmachtgebers vom Erbſchaftsanfall zu ihrer Gültigkeit voraus und muß ſpeciell auf die Handlung gerichtet ſein."

12) l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1). . . . Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est. Da die Agnition der b. p. eine pro herede gestio enthält, ſo ſteht ihr ſelbſtverſtändlich die formloſe hereditatis aditio gleich, c. 12 C. de iure delib. (6. 30).

13) Fälſchlich behauptet dies z. B. Averan. Int. iur. I. 12. Nro. IV und Mühlenbruch a. a. O. S. 409. Dagegen erklärt ſich Leiſt a. a. O. S. 326.

14) Natürlich kann aber der Delat mit ſeinem Mandatar auch in der Art verhandeln, daß er zunächſt vor dieſem ſeinen Antritt erklärt (vgl. § 7 Note 10), und ihn dann mit Handlungen in Bezug auf die bereits erworbene Erbſchaft beauftragt, z. B. mit dem Verkauf oder der Beſitzergreifung von Erbſchaftsſachen, oder mit der Anſtellung der Erbſchaftsklage. Ob ein derartiges Mandat des Erben vorliegt, oder aber ein Mandat des Delaten, nach welchem der Mandatar jene Handlungen zum Zweck der pro herede gestio vornehmen ſoll, muß im concreten Fall aus den Umſtänden ermittelt werden, Leiſt a. a. O. S. 326.

Vorschriften über die Ausübung des Erbrechts zur Anwendung kommen. Der Auftrag zum Antritt oder zur Repudiation einer Erbschaft kann daher bis zu seiner Erfüllung jeden Augenblick revocirt werden[15]), die beiden Geschäfte selbst aber sind unwiderruflich, sobald der Mandatar sie erklärt hat[16]). Der Auftrag kann ferner unter Bedingungen und Zeitbestimmungen gegeben werden[17]), während der Antritt und die Repudiation selbst unbedingt und unbetagt vom Mandatar bewirkt werden muß[18]). Insbesondere ist daher auch der Auftrag gültig, der Mandatar solle antreten oder repudiiren, wenn die gegenwärtig noch nicht vorhandene Gewißheit über die Delation eingetreten sein werde[19]). Im Moment des Mandats bedarf es dieser Gewißheit nur, wenn dasselbe sofort zur Ausführung kommen soll[20]); hier

15) l. 25 § 14 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed si postea quam iussit, poenitentiam egit, priusquam adiret, nihil agit adeundo. Das Mandat steht dem iussus, von dem hier die Rede ist, gleich; dieser vertritt nur die Stelle des Mandats und ist später, als man von dem ursprünglichen Requisit befehlender Worte absah, l. 25 § 9 D. eod., auch in dem Mandat enthalten, l. 1 § 3 D. quod iussu (15. 4).

16) § 5 J. de hered. qual. (2. 19), c. 3, c. 4 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Vgl. § 7 Note 4.

17) l. 1 § 3 D. mand. v. c. (17. 1). Item mandatum et in diem differri et sub conditione contrahi potest. l. 48 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et ... ille petiit ..., acquisita est ei bonorum possessio l. 25 § 9 D. eod. Quid si mandavit: si expedit adire, adito; si putas expedire adire, adito? erit iussu aditum. l. 25 § 10 D. eod.

18) l. 77 D. de R. J. (50. 17), l. 51 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). Vgl. § 8 Note 3 u. 4.

19) l. 25 § 13 D. eod. Plane si sic mandavit, si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas, potest defendi iussu adiisse. Vgl. Leist a. a. O. S. 329.

20) l. 93 pr. D. eod. Pater, quoties filio mandat adire, certus

würde ſonſt die Erklärung des Mandatars, ſofern ſie nicht bloß die eventuelle Entſchließung des Mandanten enthält[21]), eine nichtige ſein, weil die Ungewißheit der Delation[22]) die gültige Ausübung des Erbrechts ebenſo hindert wie ein weſentlicher Irrthum über die Delation[23]).

Bezieht ſich der Auftrag auf die Erbſchaft eines noch Lebenden, ſo iſt ſchon das Mandat ungültig. Es ſteht ihm derſelbe ſittliche Grund entgegen wie dem ſ. g. Erbſchaftsvertrag über den künftigen Nachlaß einer beſtimmten Perſon[24]). Dieſer Grund fällt aber weg, wenn glaubhafte Gerüchte den Mandanten zur Annahme des Todes ſeines Erblaſſers veranlaſſen mußten; in dieſem Fall iſt deshalb das Mandat gültig, wenn ſich gleich ſpäter herausſtellt, daß der Erblaſſer erſt nach der Ertheilung deſſelben geſtorben iſt[25]).

---

esse debet, an pro parte, an ex asse, et an ex institutione, an ex substitione, et an testamento, an ab intestato filius suus heres existat.

21) Vgl. § 7 Note 26.

22) Vgl. § 10.

23) Vgl. § 9. Im Fall des Mandats zieht ein Irrthum des Mandanten nicht mit Nothwendigkeit auch eine nichtige Erklärung des Mandatars nach ſich. Dieſer darf zwar nur das aufgetragene, kein anderes Geſchäft ausführen, aber er darf es unter beſſeren Bedingungen vollziehen, als ſie der Mandant vorausgeſetzt hat, l. 3 pr., l. 5 §§ 2, 5 D. mand. v. c. (17. 1). Deshalb kann er auch den Irrthum des Mandanten rectificiren, ſo weit ſich damit für denſelben kein Nachtheil, ſondern nur eine vortheilhaftere Lage verbindet, l. 25 § 11 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed si mandavit quasi ex asse instituto, et inveniatur ex parte, non puto ex iussu adiisse; quodsi ex parte iussit, potest ex asse adire. Aliter atque si mandavit quasi ab intestato, et ex testamento adiit: nam non puto quidquam egisse. At si ex testamento mandavit, poterit et ab intestato, quoniam non fecit deteriorem conditionem patris. Idemque et si quasi instituto praecepit, et inveniatur substitutus, vel contra.

24) Vgl. § 4 Note 49.

25) l. 25 § 6 D. eod. An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur. Sed ego non puto recipiendum, ut de vivi herodi-

Handlungen des Mandatars in Gemäßheit eines ungültigen oder eines bereits erloſchenen[26]) Mandats ſind juriſtiſch Handlungen eines negotiorum gestor. Sie bleiben deshalb ohne Effect, wenn der Delat ſie nicht ratihabiren will, oder wenn er ſie nicht ratihabiren kann, weil er inzwiſchen geſtorben oder durch furor willensunfähig geworden iſt[27]). In der Perſon des Delaten machen dieſe beiden Um-

tate mandetur. Plane si rumor fuit, Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare, ut, si scripsit eum, adeat, aut si clausae adhuc tabulae sunt et sic incertum, an filius scriptus sit heres.

26) z. B. durch Tod oder Widerruf des Mandanten, oder weil er durch furor in einen Zuſtand gekommen iſt, in welchem er das Mandat nicht mehr ertheilen konnte, l. 50 D. eod. Si per epistolam servo pupilli tutor hereditatem adire iusserit, si post subscriptam epistolam tutor moriatur, antequam ex epistola servus adiret, nemo dicturus est, obligari postea pupillum hereditati. l. 26 pr. D. mand. v. c. (17. 1). l. 25 § 14 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 12 § 16 D. mand. v. c. (17. 1). l. 47 D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus; negavit, recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini acquiri hereditas potest, furiosi autem nulla voluntas est. l. 48 D. eod. Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et postquam ille petiit, furere coeperit, nihilominus acquisita est ei bonorum possessio. Quodsi, antequam ille petat, is, qui mandavit petendum, furere coeperit, dicendum est, non statim ei acquisitam bonorum possessionem; igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari. Von dem erſten Fall dieſer Stelle ſpricht auch die l. 16 D. de b. p. (37. 1).

27) l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1). . . . si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis. l. 5 § 1 D. quis ordo in poss. serv. (38. 15). Quaeri potest, si, quum posset filius petere bonorum possessionem, patre ita absente, ut certiorare eum non possit, vel etiam furente petere neglexerit, an peti amplius non possit. Sed quid noceat, non petitam bonorum possessionem, quae si petita esset, tamen non ante acquireretur, quam pater comprobasset?

ſtände die Ratihabition unmöglich, Tod oder Wahnſinn des negotiorum gestor aber und ſelbſt ſein Widerruf hindern dieſelbe nicht, weil ſeine frühere Handlung dadurch keine ungeſchehene wird [28]).

Dieſe Vorſchriften über die Ausübung des Erbrechts durch einen Mandatar und negotiorum gestor ſind im gemeinen Rechte unverändert ſtehen geblieben. Im Uebrigen iſt aber heute der Grundſatz, welcher die eigene Entſcheidung des Delaten über ſein Erbrecht fordert, durch deutſchrechtliche Principien in vielen Fällen außer Anwendung geſetzt. Die folgenden Paragraphen werden nachweiſen, inwieweit das römiſche Recht in dieſer Beziehung modificirt worden iſt. Sie handeln zu dieſem Zwecke von dem Erbrechte der Hauskinder (§ 12), der bevormundeten Perſonen (§§ 13, 14), der Abweſenden und Verſchollenen (§ 15) und der juriſtiſchen Perſonen (§ 16).

a. Erbrecht der Hauskinder *).

§. 12.

Bei der einem Filiusfamilias deferirten Erbſchaft handelte es ſich nach altem römiſchen Rechte um einen Erwerb

---

28) l. 24 § 1 D. rat. rem hab. (46. 8). An autem et si mortuus fuisset, qui petiisset, vel furere coeperit, ratum haberi possit, videamus. Nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, quum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur; sed illud consequens futurum, etiam si poeniteat illum petiisse, ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum. Rectius itaque dicitur, neutram eorum causam impedire ratihabitionem.

*) Vgl. v. Löhr im Arch. f. civil. Praxis Bd. 2 S. 195 ff., Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 39 S. 229 ff., Bd. 42 S. 443 ff., Hunger, Das röm. Erbrecht §§ 144. 145, Leiſt, Die Bonorum Poſſeſſio Bd. 2 Abth. 2 S. 313 ff., Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II. a. 2. 1.

für den Paterfamilias[1]). Demungeachtet stand die Entscheidung über Antritt oder Repudiation nicht ausschließlich dem letzteren zu. Sie setzte vielmehr, sofern der Filiusfamilias willensfähig war, ihren beiderseitigen Consens voraus[2]): die Zustimmung des Sohns forderte die Natur des Erbrechts als eines persönlichen Wahlrechts des Delaten[3]), die Zustimmung des Vaters das Recht der patria potestas, nach welchem er ohne seinen Willen durch die Geschäfte seiner Kinder keinen Nachtheil erleiden[4]), also weder obligirt[5]), noch um mögliche Erwerbungen gebracht werden konnte. Hatten sich aber Vater und Sohn über den Antritt oder die Repudiation geeinigt, so war es gleichgültig, wer von ihnen die getroffene Wahl erklärte[6]), denn nur bei der Wahl selbst, nicht bei der Erklärung derselben war eine Vertretung des Delaten dem Wesen des Erbrechts entgegen. Deshalb konnte auch die Erklärung, welche der Vater ohne Einwilligung des

1) Gaius II. 87 . . . ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest, et si iubentibus nobis adierit, hereditatem nobis acquirit proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus.

2) l. 13 § 3 D. de A. v. O. H. (29. 2). Neque filiusfamilias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet, utrique autem possunt repudiare.

3) c. 11 C. de iure delib. (6. 30). Renitente te, pater tuus, in cuius fuisti potestate, neque spem delatae tibi legitimae quaerendae successionis absumere . . . potuit. Vgl. l. 65 pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1.)

4) l. 133 D. de R. J. (50. 17). pr. J. quod cum eo (4. 7).

5) l. 6 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.

6) c. 4 C. de iure delib. (6. 30). Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri, saepe rescriptum est.

Sohns abgab[7]), wie die Erklärung des Sohns ohne Einwilligung des Vaters[8]) durch Ratihabition convalesciren. War der Vater an der Ertheilung ſeines Conſenſes durch eine iusta causa bis zum Tode des Sohns verhindert, ſo wurde ihm durch eine Transmiſſion (ſ. g. transmissio ex iure patrio) der Erwerb der Erbſchaft ermöglicht[9]).

Ein abweichendes Verhältniß trat nur in zwei Fällen ein: die aus Anlaß des Kriegsdienſtes deferirte Erbſchaft durfte der Filiusfamilias ohne Conſens ſeines Vaters antreten und repudiiren, weil er dieſelbe für ſich erwarb[10]), und das Erbrecht eines infans, dem jedes andere willensunfähige Hauskind gleichſtehen mußte, konnte nach der Anſicht der Sabinianer der Paterfamilias als Stellvertreter ausüben[11]); die Proculejaner geſtatten ihm nur den proviſoriſchen Erwerb der Erbſchaft durch Agnition der b. p.[12]).

---

7) l. 6 § 3 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est, admisisse hereditatem, ut Divus Pius et Imperator noster rescripserunt. Vgl. Note 6.

8) l. 6 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Sed in bonorum possessione placuit, ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subiectus est. § 2. Sed et si legitima hereditas matris filio delata sit ex senatusconsulto Orphitiano, idem erit probandum. Vgl. l. 5 pr. D. quis ordo in poss. serv. (38. 15).

9) l. 30 pr. D. eod. Quum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem Divus Pius rescripsit consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio eo, quod reipublicae causa aberat.

10) l. 5 D. de castr. pec. (49. 17). Miles filiusfamilias a commilitone vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret.

11) l. 7 §§ 1. 2 D. de b. p. (37. 1)

12) l. 1 D. de b. p. fur. inf. (37. 3). In gleicher Weiſe gingen die Anſichten der beiden Schulen auch über das Vertretungsrecht des

Diese Grundsätze blieben auch später in Geltung, als sich die Vermögensfähigkeit der Hauskinder über das peculium castrense und quasi castrense hinaus in der Weise erweiterte, daß sie jede Erbschaft, die ihnen von ihrer Mutter, von ihren mütterlichen Ascendenten und von ihrem Ehegatten deferirt wird, für sich erwerben und der Vater nur den Nießbrauch erhält[13]). Sie werden noch durch Theodosius und Valentinian von Neuem bestätigt[14]); hinsichtlich des infans ist dabei die Ansicht der Sabinianer recipirt und zwar mit einem Zusatz zu Gunsten des Vaters. Dieser soll nicht blos das Erbrecht seines infans an dessen Stelle ausüben dürfen, er soll auch, wenn er dies bei Lebzeiten des Kindes versäumt hat, nach dessen Tode die Erbschaft für sich anrreten können[15]). Sofern nämlich das Kind in der infantia starb, handelte es sich im letzten Resultat um einen von dem Willen des Kindes unabhängigen Erwerb für den Vater; denn nach damaligem Rechte fiel diesem die für sein Kind erworbene Erbschaft beim Tode desselben iure peculii

---

Tutors und des Curators eines Willensunfähigen auseinander. Das Nähere über diese Controverse, die noch unter den späteren Juristen fortdauerte, siehe unten § 13 Note 1—9 und § 14.

13) Vgl. Einleitung S. 18.

14) c. 18 C. de iure delib. (6. 30).

15) c. 18 pr. C. eod. Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae, hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis, licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere. § 1. Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia, ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, iure patrio quasi iam infanti quaesita capere.

zu [16]). Es erschien deshalb billig, dem Vater die Acquisition der Erbschaft noch durch eine Transmission zu ermöglichen, wo ihm das Peculienrecht dieselbe versagte, weil er für den infans nicht angetreten hatte. Der Sache nach war das Verhältniß eines parens manumissor seinem emancipirten infans gegenüber dasselbe, insofern er diesen nach dem gegenwärtigen Erbrecht an erster Stelle allein beerbte [17]). Deshalb wurde er dem Paterfamilias gleichgestellt: er soll ebenfalls, wenn der infans gestorben ist, ehe er für ihn als Tutor antrat, auf Grund einer Transmission (s. g. transmissio ex capite infantiae) die Erbschaft für sich erwerben können [18]).

Bei der Stellung des Paterfamilias zu seinen Hauskindern traf in der Regel factisch natürlich jener auch da allein die Entscheidung über Antritt oder Repudiation, wo sich rechtlich beide zu vereinbaren hatten. Die Autorität des Vaters mußte meistens den Widerspruch überwinden, welchen etwa sein Filiusfamilias erhob. Wie sollte sich aber das Verhältniß gestalten, wenn sie einmal nicht ausreichte, um eine Uebereinstimmung unter ihnen herzustellen [19])? Diese Frage war bestritten. Welche verschiedenen Ansichten sich hier gegenüberstanden, läßt sich indessen aus den Quellen nicht ersehen. Wir finden in ihnen nur die Entscheidung Justinian's [20]). Derselben liegt das von ihm neugestaltete

16) Vgl. Einleitung S. 18.

17) Vgl. Einleitung S. 8 S. 41 ff.

18) c. 18 § 3 C. eod. Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur.

19) c. 3 C. de heredib. inst. (6. 24) . . . potuit enim, quamvis iubente domino, nolle adire. l. 65 pr. D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

20) c. 8 C. de bon. quae liber. (6. 61).

Vermögensrecht der Hauskinder zu Grunde, nach welchem sie jeden Erwerb, der nicht ex re patris herrührt, für sich machen, und nach welchem ihr Vermögen so vollständig ihr eigenes ist, daß es auch bei ihrem Tode nicht mehr den Charakter eines Peculiums annimmt[21]). Denn es handelte sich hier um die Erwägung, ob diesen Principien gegenüber eventuell eine Repräsentation der Hauskinder durch ihren Paterfamilias zu gestatten, oder ob die Vorschrift aufzuheben sei, welche ihren Antritt und ihre Repudiation von dem Consense desselben abhängig machte. Justinian erklärte sich für die zweite Alternative, weil diese Vorschrift mit dem neuen Vermögensrechte nicht harmonirte.

Die Erbschaft, welche ein Hauskind erwarb, gehörte jetzt zu seinen s. g. bona adventitia. Es trat also nicht wie ehedem der Paterfamilias, sondern der Filiusfamilias selbst in die erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten ein. Wenn er willensfähig war, mußte er deshalb auch selbständig entscheiden können, ob er die Erbschaft haben wolle oder nicht; das Requisit der väterlichen Zustimmung ließ sich nach dem jetzigen Rechtszustande nicht mehr begründen. Auf der andern Seite war aber der Vater bei der Entschließung des Sohns noch immer interessirt, weil ihm die von diesem erworbene Erbschaft zum Nießbrauch deferirt wurde[22]). Dies Interesse mußte daher gewahrt werden, wenn der Sohn repudiiren, der Vater dagegen seine Anwartschaft auf den ususfructus nicht aufgeben wollte. Aus den Motiven, welche die Vorschriften über die bona adventicia hervorgerufen hatten, ergab sich leicht, wie dies zu bewirken sei: die Bestimmung, daß die Repudiation des Sohns die Delation der

21) c. 8 pr. C. eod. Vgl. Einleitung S. 19.

22) Vgl. § 3 Note 49.

Erbſchaft an den Vater nach ſich ziehen müſſe, war mit ihnen von ſelbſt gegeben. Denn das von den Hauskindern acquirirte Vermögen ſollte nur deshalb nicht mehr der Proprietät nach an den Paterfamilias gelangen, weil ſie früher oft ſehen mußten, wie ihr Erwerb von demſelben anderen Perſonen zugewandt wurde. Wo eine ſolche Härte nicht eintreten konnte, fiel auch der Grund weg, das Recht des Paterfamilias zu ſchmälern[23]).

Dieſen Erwägungen entſprechend ordnete Juſtinian den Fall einer Meinungsverſchiedenheit zwiſchen Vater und Hausſohn in folgender Weiſe: wenn dieſer die Erbſchaft ausſchlagen will, ſo ſoll jener dieſelbe auf Grund einer ſucceſſiven Delation antreten dürfen, und will dieſer antreten, ſo ſoll jener den ihm deferirten Nießbrauch repudiiren können. Dort erhält demgemäß der Vater, hier der Sohn die Erbſchaft zu unbeſchränktem Eigenthum[24]); einem minderjährigen Filius-

23) c. 6. pr. C. de bon. quae liber. (6. 61) . . . Si quis itaque filiusfamilias . . . aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat. . . . Sic etenim et parenti nihil derogabitur, usumfructum rerum possidenti, et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda adspicientes, vel ad extraneos, vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur. § 1. J. per quas pers. nob. acqu. (2. 9.). Vgl. Marezoll in d. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 8 S. 93 ff.

24) c. 8 pr. C. de bon. quae liber. (6. 61) . . . sive pater adire filiumfamilias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat, sive filiusfamilias adire cupit, et pater in contrarium inclinat, liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio, et omne sive damnum sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praeiudicio filio generando; sive e contrario patre recusante filius adire hereditatem voluerit, nullam acquisitio-

familias steht aber in beiden Fällen das Rechtsmittel der Restitution zu[25]). Sind Vater und Sohn über die Annahme des ihnen angetragenen Erwerbes einverstanden, so gehört die Erbschaft zu den bona adventicia regularia[26]). Damit eine successive Delation derselben an dritte Personen erfolgen kann, müssen demnach beide repudiiren, oder es muß der Sohn vor der Ausübung des Erbrechts gestorben sein; sein Tod als Delat macht jeden Erwerb für den Vater unmöglich, weil die Delation des Nießbrauchs den Antritt, die Delation der Erbschaft die Repudiation des Sohns zur Voraussetzung hat.

Eine Erbschaft, die dem Filiusfamilias ex occasione castrensi deferirt ist, erwirbt er auch nach Justinianeischem Rechte durch den Antritt ausschließlich für sich; der Vater erhält kein Recht auf den Nießbrauch. Wenn er aber repudiirt, so wird der Vater auch hier sein successiver Delat[27]). Denn es galt für die bona castrensia ein analoges Princip wie für die bona adventicia: der väterliche Anspruch auf

---

nem nec usumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit. . . . Et haec quidem, si plenae aetatis filius est, qui paternam voluntatem sequi non patitur.

25) c. 8 § 1 C. eod. Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et hereditate ei delata pater consentire adeunti hereditatem noluerit, vel patre volente ipse reclamaverit, si quidem recusaverit filius, licentiam damus patri, simili modo hereditatem adire et eam pleno iure habere. . . . Sin autem patre recusante filius adire maluerit, damus quidem licentiam ei hoc facere . . ; in utroque casu in integrum restitutionis auxilio minime ei denegando.

26) c. 8 § 3 C. eod. Ubi autem in unum voluntas eorum concurrit, et pater usumfructum et filius habeat proprietatem.

27) c. 8 § 2 C. eod. Similique modo et in milite filiofamilias, qui recusaverit aditionem hereditatis, quae ei ex castrensibus occasionibus perveniat, patri danda licentia adire hereditatem, ut ad ipsum perveniat pleno iure . . ., quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus.

die Erwerbungen ſeines Sohnes ſollte bei ihnen nur ceſſiren, ſofern dieſer von ſeinen Privilegien Gebrauch machte [28]). Ein militäriſcher Erwerb, den der Filiusfamilias nicht machen wollte, mußte daher gleichfalls ſeinem Paterfamilias zufallen.

Dies ſind die Vorſchriften Juſtinian's über das Erbrecht eines willensfähigen Hauskindes. Wo daſſelbe willensunfähig iſt, alſo namentlich im Fall der infantia, ſoll der Vater wie bisher als Stellvertreter die Erbſchaft antreten oder ausſchlagen, das Kind aber demnächſt Reſtitution dagegen beanſpruchen können. Erfolgt dieſe Reſtitution gegen die Repudiation, ſo erhält es die Erbſchaft als bonum adventicium irregulare, weil der Vater auch für ſich repudiirt hat und nur das Kind gegen dieſe Handlung reſtituirt wird. Iſt aber die Reſtitution gegen den Antritt ertheilt, ſo wird der Vater Erbe, weil es billig erſcheint, daß er aus der von ihm erklärten Agnition eventuell ſelbſt den Erbſchaftsgläubigern obligirt wird [29]). Dieſe Folge kann ſich mit

---

28) Vgl. l. 2 l. 18 § 3 D. de castr. pec. (49. 17), c. 5 C. eod. (12. 37), c. 3 C. de bon. proscr. (9. 49), c. 7 pr. C. de cur. fur. (5. 70).

29) c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61). Ubi autem puerilis aetas patri licentiam praestat, etiam sine consensu filii hereditatem nomine eius adire, si hoc fecerit, damus quidem filio in integrum restitutionem, postquam patria fuerit potestate liberatus vel adoleverit, patrem autem oneribus hereditariis, licet nomine filii adiit, modis omnibus illigamus; quare enim talem hereditatem adiit, qualem nec ipse nunc nec filius idoneam sibi esse existimat? . . . Sin vero pater quidem hereditatem repudiaverit infante filio constituto, ipse autem filius postea, vel adhuc in sacris constitutus, vel patria potestate liberatus, adeundam esse crediderit eandem hereditatem, licentiam damus ei, vel si sui iuris efficiatur, tutoribus eius vel curatoribus, hereditatem adire, nullo praeiudicio ex recusatione paterna ei generando.

der Restitution, die einem willensfähigen Filiusfamilias propter minorem aetatem ertheilt wird, nicht verbinden, da dieser die Erbschaft selbst antritt. Hier muß vielmehr der Vater als successiver Delat die Wahl erhalten, ob er jetzt an Stelle des Sohns Erbe werden, oder den Gläubigern die Erbschaft überlassen will.

Das durch Theodosius dem Vater eingeräumte Recht, nach welchem er die Erbschaft seines infans für sich erwerben konnte, falls er bei Lebzeiten desselben den Antritt als Stellvertreter versäumt hatte, übergeht Justinian's Constitution mit Stillschweigen. Es kann dies nicht auffallen, weil es bereits früher erloschen sein mußte. Das neue Recht über das Vermögen der Hauskinder, wodurch dasselbe seiner Peculieneigenschaft völlig beraubt war, und die Reformen der Intestaterbfolge, denen zufolge nicht mehr dem Vater allein das nächste Erbrecht beim Tode seines infans zustand[30]), zogen den Untergang der s. g. transmissio ex capite infantiae so selbstverständlich nach sich, daß es einer ausdrücklichen Bestimmung darüber gar nicht bedurfte. Der Umstand, daß es an dieser fehlt, kann es deshalb auch nicht zweifelhaft machen, daß nach Justinianeischem Rechte für das Erbrecht eines verstorbenen infans nur noch die transmissio ex capite in integrum restitutionis und die transmissio Justinianea möglich ist, und daß es demgemäß nicht mehr auf den Vater allein übertragen wird, wenn neben demselben noch andere Personen zur Erbfolge berufen sind.

Ebenso ist auch die s. g. transmissio ex iure patrio aus dem Justinianeischen Rechte verschwunden, welche früher beim Tode eines willensfähigen Filiusfamilias eintrat, wenn sein Vater ihm den Consens zum Antritt nicht hatte ertei-

30) Vgl. Einleitung S. 19, S. 45 ff.

len können. Da der Sohn jetzt die ihm deferirte Erbschaft nicht mehr für den Vater, sondern für sich und seine Erben erwirbt, und da er der väterlichen Zustimmung zum Antritt nicht mehr bedarf, so kann bei seinem Tode die Delation ebenfalls nur noch durch transmissio Justinianea oder ex capite restitutionis in integrum an seine Erben, aber nicht an den Vater als solchen gelangen; und diese beiden Transmissionen können überhaupt nur begründet sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen in seiner eigenen Person existiren [31]).

Es ergiebt sich hiernach für das Justinianeische Recht folgendes Resultat. Das willensunfähige Hauskind wird vom Vater bei der Ausübung des Erbrechts vertreten; dabei erfolgt aber eventuell der Antritt der Erbschaft auf seine eigene Gefahr. Eine transmissio ex capite infantiae wegen Versäumniß dieser Vertretung giebt es nicht mehr. Für das willensfähige Hauskind kann der Vater nicht als Stellvertreter handeln, sondern dieses muß selbst über sein Erbrecht verfügen, hat aber wegen Minderjährigkeit

31) Die herrschende Doctrin nimmt eine transmissio ex capite infantiae und ex iure patrio als geltendes Recht an, jene auf Grund der c. 18 C. de iure delib. (6, 30) und l. 30 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), wenn ein handlungsunfähiger oder abwesender Filiusfamilias vor dem Antritt gestorben ist, diese nach c. 8 C. de bon. quae liber. (6. 61), wenn ein Filiusfamilias die ihm deferirte Erbschaft repudiirt, vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 199 ff., Arndts, Lehrb. d. Pand. § 513, Puchta, Pand. § 503. Von diesen beiden Fällen enthält der letzte überhaupt keine Transmission, sondern eine successive Delation, die heute nur noch bei einem großjährigen Filiusfamilias eintreten kann (siehe unten); von einer Transmission darf nach den Quellen nur da gesprochen werden, wo die Delation an die Erben des Delaten gelangt, vgl. c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51). Der erste Fall ist aus den im Text entwickelten Gründen im Justinianeischen Recht untergegangen.

Anspruch auf Restitution. Repudiirt es, oder läßt es sich gegen den Antritt restituiren, so kommt die Erbschaft durch successive Delation an den Vater. Die transmissio ex iure patrio beim Tode des Kindes findet aber nicht mehr Statt.

Im gemeinen Rechte hat der Vater nach einer feststehenden Praxis die Befugniß zur Vertretung seiner Hauskinder nicht blos in der Zeit ihrer Willensunfähigkeit, sondern bis zum Eintritt der Großjährigkeit. Diese Praxis wurzelt in den Grundsätzen des deutschen Mundiums, die sich auch nach der Reception des römischen Rechts im praktischen Rechtsleben insofern erhalten haben, als noch gegenwärtig eine väterliche Vormundschaft anerkannt wird[32]). Auf Grund seiner vormundschaftlichen Stellung kann der Vater alle Rechtsgeschäfte für seinen minorennen Filiusfamilias vornehmen, ohne daß es der Mitwirkung desselben bedarf, während der Sohn gültige Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte nur mit Zustimmung des Vaters abzuschließen vermag. Bei Erbschaften, die einem minderjährigen Hauskinde deferirt sind, entscheidet daher der Vater allein, ob sie angetreten oder repudiirt werden sollen[33]). Es müssen sich deshalb hier die Verhältnisse eben so gestalten, wie nach römischem Rechte bei der Erbschaft eines infans. Repudiirt der Vater für sein minderjähriges Hauskind, so repudiirt er zugleich für sich; durch seine eigene Repudiation kann er selbstverständlich keine successive Delation für sich begründen. Tritt der Vater an, so wird die Erbschaft bonum adventicium regulare. Gegen die Repudiation und gegen den An-

32) Kraut, Die Vormundschaft Bd. 2 S. 618 ff.

33) Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 272 u. 273, Bd. 7 Nr. 69 und 197, Bd. 13 Nr. 241, Bd. 15 Nr. 113. Vgl. auch Strippelmann, Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Bd. 5. S. 131, S. 590.

tritt des Vaters kann aber das Kind Restitution fordern, wenn es großjährig geworden oder von der väterlichen Gewalt befreit ist. In Folge dieser Restitution erwirbt es dort die Erbschaft zu unbeschränktem Eigenthum, hier wird jetzt der Vater an Stelle desselben Erbe [34]). Dabei hat es dann aber sein Bewenden: eine Restitution gegen die Restitution wird dem Kinde nicht ertheilt, weil dadurch die erbschaftlichen Verhältnisse fortwährenden Schwankungen ausgesetzt sein würden [35]).

Justinian's Vorschriften über das Erbrecht eines willensfähigen Hauskindes kommen nur noch zur Anwendung, wenn dasselbe großjährig ist.

b. Erbrecht bevormundeter Personen.

α. Minderjährige und Verschwender *).

§ 13.

Der Grundsatz, daß die Ausübung des Erbrechts durch den Delaten selbst geschehen muß, gilt im römischen Rechte

---

34) Vgl. oben Note 29.

35) c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61) . . . Non autem filio damus licentiam, si in integrum restitutionem petat, respuendam credens esse hereditatem, adhuc minoribus curriculis instantibus, iterum per aliam restitutionem adire praefatam hereditatem, ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti . . .; simili modo et in hac parte (scil. si pater hereditatem repudiaverit) nulla ei vel tutoribus vel curatoribus eius licentia concedenda, contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere.

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 430 ff., Hunger, Das röm. Erbrecht § 144, Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II. a. 2. 2, v. Keller, Pandectenvorl. § 530, Vering, Röm. Erbr. S. 483, Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 313 ff., Rudorff, Das Recht

auch für die Perſonen, welche unter einer Altersvormundſchaft ſtehen. Eine Modification erlitt derſelbe bei ihnen wie bei den Hauskindern nur für die Zeit ihrer Willensunfähigkeit.

Nach der Anſicht der Sabinianer konnte der infans sui iuris durch ſeinen Tutor vertreten werden. Dieſer hatte an ſeiner Stelle die Agnition oder Repudiation der bonorum possessio zu entſcheiden und zu erklären; nur die Erklärung des Antritts durch pro herede gestio mußte vom infans in eigener Perſon auctore tutore erfolgen [1]). Die Proculejaner dagegen wollten ſich auch beim infans von dem Principe nicht entfernen: nach ihnen ſollte der Tutor für denſelben nur einen proviſoriſchen Erwerb der Erbſchaft bis zur eigenen Entſcheidung im ſpäteren Alter durch Agnition der b. p.

---

der Vormundſchaft Bd. 2 S. 370 ff., Kraut, Die Vormundſchaft Bd. 2 S. 115, 207, 210.

1) l. 11 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26. 8). Gaius lib. 15 ad edict. prov. Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve iudicio tenebuntur. Aus der Zuſammenſtellung mit dem furiosus ergiebt ſich, daß hier unter dem pupillus ein infans verſtanden iſt. l. 65 § 3 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Maecian. lib. 5 fideic. ... Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum, idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est; sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset. Ueber den Grund, aus welchem im alten Rechte bei der Erklärung des Antritts durch pro herede gestio die Stellvertretung ausgeſchloſſen war, während das ſpätere Recht ſie auch hier zuließ (Note 8), vgl. oben § 11 Note 8.

herbeiführen können, analog dem Curator eines furiosus[2]). Dieſe Controverſe ſetzte ſich auch unter den ſpäteren Juriſten fort[3]). Paulus und Papinian erklärten ſich für die Proculejaner, hielten alſo den Tutor nur zur Agnition, nicht aber zur Repudiation der b. p. berechtigt[4]), und ſiſtirten daher den Friſtenlauf derſelben während der infantia[5]). Ulpian dagegen folgte den Sabinianern; er nahm an, daß die Friſt der b. p. zu laufen beginne, ſobald der Tutor Kenntniß von der Delation habe[6]), weil er definitiv die Erbſchaft für den infans zu erwerben vermöge[7]).

---

2) l. 48 § 1 D. de legat. (31). Procul. lib. 8 epist.

3) Daß ſie nicht erſt unter ihnen entſtand, iſt unzweifelhaft, weil ſich hinſichtlich des furiosus, den man urſprünglich mit dem infans auf eine Linie ſtellte (Note 1), der Streit auf die Zeit der beiden Schulen zurückführen läßt, vgl. § 14. Und ebenſo unzweifelhaft iſt, daß die beiden Schulen auf die Vertretung des infans durch ſeinen Paterfamilias (§ 12 Note 11 u. 12) dieſelben Grundſätze wie auf ſeine Vertretung durch den Tutor zur Anwendung gebracht wiſſen wollten. Die Stellen in den nachfolgenden Noten beſtätigen dies.

4) l. 8 D. de b. p. (37. 1). Paul. lib. 8 ad Plaut. Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest, quia tutori petere permissum est, non etiam repudiare.

5) l. 1 D. de b. p. fur. inf. mut. surd. caec. compet. (37. 3). Papin. lib. 15 quaest. . . . nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere: nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. l. 3 D. quis ordo in poss. (38. 15). Paul. lib. 44 ad edict. Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet. Vgl. die folgende Note, die den Tutor dem Vater gleichſetzt.

6) l. 7 § 1 D. de b. p. (37. 1). Ulpian. lib. 1 ad Sab. . . . tutor pupillo et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. § 2. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.

7) l. 2 § 13 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). Ulpian. lib. 13 ad Sab. Sed si infanti per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit, matri obstitisse.

Durch Theodoſius und Valentinian wurde die Anſicht der Sabinianer recipirt, mit der Erweiterung, daß der Tutor auch die pro herede gestio für den infans ſoll vornehmen können. Verſäumt er die Ausübung des Erbrechts, ſo vererbt ſich der Nachlaß beim Tode des infans ſo, wie wenn er überhaupt niemals berufen worden wäre [8]).

Auf den impubes infantia maior erſtreckte ſich die Controverſe der beiden Schulen nicht. Hier ſtellen ſie übereinſtimmend den Satz auf, daß nur der impubes ſelbſt, und daß er nur auctore tutore die Erbſchaft antreten und repudiiren kann [9]); die Repudiation fordert überdies nach den

8) c. 18 § 2 C. de iure delib. (6. 30). Parente vero non subsistente, si quidem post eius obitum tutor infanti sit vel datus fuerit, posse eum etiam, adhuc infante pupillo constituto, eius nomine adire hereditatem ..., vel bonorum possessionem petere, et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere. § 3. Sin vero vel non sit tutor, vel quum sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae, et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. c. 3 C. qui adm. ad b. p. poss. (6. 9). Für den Paterfamilias des infans hatte dieſe Verſäumniß dem damaligen Vermögensrechte der Hauskinder entſprechend die ſ. g. transmissio ex capite infantiae zur Folge, c. 18 cit. § 1; vgl. § 12 Note 15. — Ein Erbſchaftsfideicommiß kann der Tutor für den infans nach Juſtinian's Beſtimmung nur proviſoriſch erwerben, c. 7 pr. C. ad S. C. Treb. (6. 49), vgl. § 14 Note 33.

9) l. 7 § 1 D. de b. p. (37. 1). Impubes nec bonorum possessionem admittere . . . sine auctoritate tutoris . . . potest, quia tutor pupillo (scil. infanti) et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. Der impubes, heißt es hier, kann die b. p. nur durch ſeinen eigenen Willen auctore tutore erhalten, weil eine Stellvertretung in der Ausübung des Erbrechts blos bei dem willensunfähigen infans zugelaſſen iſt; jeder Willensfähige muß ſich ſelbſt der Natur des Erbrechts gemäß für den Antritt oder die Repudiation entſchei-

für die Vormünder eingeführten Veräußerungsverboten noch ein Alienationsdecret des Prätors [10]). Als Stellvertreter des impubes kann der Tutor nur die bonorum possessio mit der Wirkung eines interimiſtiſchen Erwerbes erbitten; er kann ſie daher blos agnosciren, aber nicht repudiiren [11]). Dieſe

---

den, wenn ihm gleich die dazu erforderliche Einſicht noch abgeht, c. 5 C. de iure delib. (6. 30). Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. l. 65 pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1). l. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2). Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer — neque enim scire neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus — tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter iis praestatur. Ohne auctoritas tutoris kann der impubes aber ſein Erbrecht nicht ausüben, weil er ſich ohne dieſe weder zu verpflichten noch Rechte aufzugeben vermag, c. 5 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Pupillorum repudiatio delatae hereditatis sine auctore tutore facta nihil iis nocet. l. 8 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt; hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. Der Gedankengang dieſer Stelle iſt folgender: der impubes würde die Erbſchaft ohne Tutor antreten können, wenn der Erbe für die Schulden nicht über den Beſtand der Activa hinaus zu haften hätte, weil er ſich in quantum locupletior allein verpflichten kann; da aber der Erbe auch dann für die Schulden einſtehen muß, wenn die Erbſchaft inſolvent iſt (etiamsi non sit solvendo), ſo bedarf der impubes zum Antritt der auctoritas tutoris, Puchta, Vorl. Bd. 2 Beil. XXII. Vgl. l. 9 pr. §§ 3, 4 D. de auct. et cons. tut. v. cur. (26. 8), l. 17 § 1 D. de appell. (49. 1), l. 9 D. de tut. et cur. (26. 5), c. 7 C. qui adm. ad b. p. poss. (6. 9).

10) l. 5 § 8 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9). Vgl. § 3 Note 34.

11) l. 1 § 4 D. de succ. edict. (38. 9). Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. l. 3 § 7 D.

Vorschriften wurden von Theodosius und Valentinian bestätigt[12]), und auch das neueste römische Recht hat es dabei belassen.

Der pubes minor, welcher dispositionsfähig ist, kann jede Erbschaft, die ihm deferirt wird, selbständig antreten und ausschlagen[13]). Hat er indessen nach seinem eigenen Willen[14]) einen Curator erhalten, so ist die Wirksamkeit seines Antritts und seiner Repudiation durch den Consens desselben bedingt[15]). Stets hat er aber selbst die Wahl zwischen beiden zu treffen, es kann ihn der Curator bei derselben nicht vertreten[16]).

In derselben Lage befindet sich der unter Curatel gestellte Verschwender. Er kann und muß selbst sein Erbrecht

---

de b. p. (37. 1). Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est. l. 1 § 1 D. de succ. edict. (38. 9).

12) c. 18 § 4 C. de iure delib. (6. 30). Sin autem septem annos aetatis pupillus excesserit, et priore parente mortuo in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus, quae veteribus continentur legibus, nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere . . . cum tutoris auctoritate, si sui iuris sit, poterit, vel si non habeat tutorem, adire praetorem et eius decreto hoc ius consequi.

13) c. 12 C. de iure delib. (6. 30). Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

14) § 2 J. de curat. (1. 23).

15) c. 26 C. de adm. tut. (5. 37). Im Widerspruch mit dieser Stelle hält Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 2 S. 420 ff. den Consens des Curators nicht erforderlich.

16) l. 90 D. de A. v. O. H. (29. 2). Per curatorem hereditatem acquiri non posse. Vgl. § 11 Note 2.

ausüben[17]), die Gültigkeit der Ausübung iſt aber auch bei ihm von der Zuſtimmung ſeines Curators abhängig, weil er ohne dieſe ſich nicht zu verpflichten und keine Rechte aufzugeben vermag[18]).

Im heutigen gemeinen Rechte hat ſich die Lage des Verſchwenders nicht geändert. Bei den ihres Alters wegen bevormundeten Perſonen greifen aber die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes nicht mehr Platz. Durch deutſche Gewohnheit iſt bei den Minderjährigen, ſoweit es ſich um die Repräſentationsbefugniß ihres Vormunds handelt, jeder Unterſchied zwiſchen infantes, impuberes und puberes minores weggefallen[19]). Deshalb kann der Vormund heute ſeinen Mündel, gleichviel auf welcher Altersſtufe er ſteht, bei allen Rechtsgeſchäften vertreten, insbeſondere auch Erbſchaften für ihn antreten und ausſchlagen, ohne daß es ſeiner Mitwirkung bedarf[20]); jedoch ſetzt auch heute die Repudiation ein Alienationsdecret der Obervormundſchaft voraus[21]). Gegen

17) l. 5 § 1 D. eod. Cum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.

18) l. 6 D. de V. O. (45. 1), l. 10 pr. D. de cur. fur. (27. 9), l. 40 D. de R. J. (50. 17). Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 3 S. 89 Note u, Mühlenbruch a. a. O. S. 432. Nach der Anſicht mancher Juriſten bedarf der prodigus des Conſenſes ſeines Curators nicht, vgl. z. B. Rudorff a. a. O. Bd. 1 S. 140 und Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 155 sub II.

19) Rudorff a. a. O. Bd. 1 § 15, Kraut a. a. O. Bd. 2 § 52, Seuffert, Archiv Bd. 13 Nr. 241.

20) Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 115, Heiſe u. Cropp, Jur. Abhandl. Bd. 2 S. 167 ff., Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 197, Bd. 9 Nr. 311, Bd. 13 Nr. 100, Bd. 15 Nr. 113. Vgl. auch Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 3 S. 459 ff. und Blätter f. Rechtsanw. Bd. 11 S. 138, Bd. 14 S. 97 ff.

21) Die herrſchende Doctrin hält daſſelbe irrthümlich für nicht erforderlich, vgl. z. B. Rudorff a. a. O. Bd. 2 S. 401 u. 410, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 100. Siehe darüber oben § 3 Note 34.

eine nachtheilige Vertretung schützt den Mündel die actio tutelae und das Rechtsmittel der Restitution [22]).

β. Wahnsinnige und s. g. Preßhafte *).

§ 14.

Bei einem Wahnsinnigen, der sich in väterlicher Gewalt oder schon seines Alters wegen in Vormundschaft befindet, wird die cura furiosi durch die patria potestas, beziehungsweise durch die Tutel ausgeschlossen [1]). Unzweifelhaft konnte daher schon nach älterem Recht auch die einem infans furiosus deferirte Erbschaft im Namen desselben von seinem Paterfamilias und von seinem Tutor angetreten werden, nach den Sabinianern definitiv, nach den Proculejanern

22) l. 11 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26. 8), l. 11 D. de b. p. (37. 1), l. 39 § 3 D. de admin. (26. 7), c. 3 C. si tut. v. cur. int. (2. 25).

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 415 ff., Hunger, Das röm. Erbrecht § 144, Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht Bd. 3 § 183 sub II. a. 2. 3., v. Bangerow im Archiv f. civil. Praxis Bd. 30 S. 1 ff., Fritz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc., N. F. Bd. 4 S. 157 ff., v. Löhr ebenda S. 252 und im Archiv f. civil. Praxis Bd. 5 S. 116 ff., Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 315 ff.

1) c. 7 pr. C. de curat. fur. (5. 70). Quum furiosus . . . in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum . . . . paterna verecundia. l. 3 pr. D. de tutel. (26. 1). Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent; . . . eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. . . . § 1. Quia autem in pupillorum (furiosorum) persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum; et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem; . . . quum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.

mit der Wirkung eines provisorischen Erwerbs[2]). Auf die Zeit der infantia durfte sich hier aber verständiger Weise die Repräsentationsbefugniß nicht beschränken. Da der furiosus auch auf einer höheren Altersstufe nicht willensfähig ist, so mußte sie dem Vater auf die Dauer der väterlichen Gewalt, dem Tutor auf die Dauer der Tutel zugestanden werden. Dieser Grundsatz war selbstverständlich. Es darf daher auch aus der Constitution von Theodosius und Valentinian, welche dem Paterfamilias und Tutor das Vertretungsrecht mit definitiver Wirkung dem Wortlaute nach nur für den infans einräumt[3]), nicht der Schluß gezogen werden, als ob es ihnen für den furiosus nicht habe ertheilt werden sollen. Der infans ist vielmehr als der Repräsentant aller Willensunfähigen gedacht und deshalb allein genannt. Es war nicht die infantia, sondern die mit ihr verbundene Handlungsunfähigkeit, um derentwillen bei ihm jene Stellvertretung zugelassen wurde; deshalb mußte sie in gleicher Weise, ohne daß es noch besonders gesagt zu werden brauchte, auch dann gestattet sein, wenn das Hauskind oder der Mündel aus einem andern Grunde der Willensfähigkeit entbehrte. Nicht blos der furiosus, auch der mutus, caecus und surdus, qui intellectu caret, mußte bei der Ausübung seines Erbrechts durch seinen Paterfamilias und Tutor vertreten werden können.

Einer besonderen Erörterung bedurfte nur die Frage, wie es zu halten sei, wenn ein Willensunfähiger, also namentlich ein furiosus, weil er sui iuris und pubes war, einen Curator hatte. Justinian's Pandecten enthalten denn auch blos Stellen, die sich auf diesen Fall beziehen[4]),

2) Vgl. § 12 Note 11 u. 12, § 13 Note 1—7.
3) Vgl. § 12 Note 14 u. 15, § 13 Note 8.
4) Vgl. unten Note 12—18.

und aus seiner c. 7 C. de curatore furiosi (5. 70) ergiebt sich, daß über ihn allein noch unter den späteren römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten Statt fanden, die eine Entscheidung nothwendig machten[5]). Ueber den Fall, wo der furiosus unter väterlicher Gewalt steht, enthält sie den kurzen Hinweis, daß er keinen Curator bekomme, sondern daß sein Paterfamilias die Verwaltung über sein Vermögen habe, auch über dasjenige, welches ihm während des Wahnsinns deferirt werde; dies war in den Schriften der Juristen, welche Justinian vorlagen, nicht deutlich ausgesprochen, deshalb wird es von ihm noch besonders hervorgehoben[6]). Darüber, daß während der Tutel der furiosus eine dem infans gleiche Stellung hatte, bestand bereits nach jenen Schriften kein Zweifel mehr, eine Erwähnung dieses Falles war daher überhaupt nicht nöthig.

Schon das römische Recht giebt hiernach dem Paterfamilias die Befugniß, seine Kinder bei der Ausübung des Erbrechts zu vertreten, wenn sie wahnsinnig sind oder wegen

---

5) c. 7 § 3 C. de curat. fur. (5. 70). . . . magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. Et iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. Die Ansichten, welche sich hier gegenüberstanden, siehe unten Note 12 ff.

6) l. 7 pr. C. de curat. fur. (5. 70). Quum furiosus, quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum, quae ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerunt, vel ante furorem ei acquisitae sunt, vel in furore obveniunt, vel in his, quorum proprietas ei tantummodo competit, paterna verecundia. . . . Licet Tertullianus, iuris antiqui interpres, libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus.

anderer Gebrechen, wie Taubheit, Stummheit, Blindheit ꝛc., zu den s. g. preßhaften Personen gehören; dabei haben die Vertretenen natürlich auch hier einen Restitutionsanspruch, wenn später die Gründe ihrer Vertretung wegfallen[7]). Wollte man indessen selbst für das römische Recht diese Repräsentationsbefugniß des Paterfamilias als nicht vollkommen nachweisbar betrachten, im gemeinen Rechte würde sie nichtsdestoweniger nach den Grundsätzen der väterlichen Vormundschaft anerkannt werden müssen. Denn vermöge dieser hat der Vater das Recht zur vollständigen Vertretung seiner Kinder nicht blos wenn sie wegen ihres minderjährigen Alters noch unselbständig, sondern auch wenn sie wegen Wahnsinns oder aus einem sonstigen Grunde handlungsunfähig sind[8]).

Bei willensunfähigen Personen, die unter einer Altersvormundschaft stehen, hört nach römischem Rechte das Vertretungsrecht des Vormundes auf, sobald sie die Pubertät erreicht haben, weil mit dieser die Tutel endigt. Der deutschrechtliche Altersvormund dagegen bleibt während der Dauer der Minderjährigkeit in Function und hat für diese Zeit das Recht, bei allen Rechtsgeschäften als Stellvertreter für seinen Mündel zu handeln[9]). Er darf deshalb auch Erbschaften im Namen seines Mündels definitiv antreten und unter Erbittung eines Alienationsdecrets ausschlagen[10]), dieser mag handlungsfähig sein oder nicht[11]).

---

7) Vgl. § 12 Note 29.

8) Kraut, Die Vormundschaft Bd. 2 § 103 ff., Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 197, Bd. 15 Nr. 113. Vgl. § 12 Note 32 u. 33.

9) Kraut a. a. O. Bd. 2 § 52. Vgl. § 13 Note 19.

10) Vgl. § 13 Note 20 u. 21.

11) Seuffert, Archiv Bd. 15 Nr. 233: Definitiver Erbschaftserwerb für einen in Wahnsinn verfallenen Minderjährigen.

Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn ein Wahnsinniger oder sonst wegen Gebrechen Handlungsunfähiger unter Curatel gestellt ist, weil er keinen Paterfamilias oder Altersvormund mehr hat. Zur Zeit der römischen Juristen standen sich hier zwei Meinungen gegenüber. Die Sabinianer wollten wie den Tutor auch den Curator eines Willensunfähigen über die Ausübung seines Erbrechts definitiv entscheiden lassen[12]); die Proculejaner hielten beide nur zum

12) Sie wollten ihn einem infans in der Tutel gleich behandelt wissen: die pro herede gestio sollte der furiosus, mutus ꝛc. in eigener Person unter Assistenz seines Curators vornehmen müssen, die bonorum possessio aber dieser für ihn agnosciren und repudiiren können, l. 65 § 3 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Maecian. lib. 5 fideic. Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius, et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas; si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem. Si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante, periculo pupilli adiri hereditatem, Trebelliano senatusconsulto locus sit futurus, neque pupillus ipse id desiderare possit, quum fari non possit. Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, nam si auditus capaces sunt, vel interrogati nutu possint signifacere, velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium. Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum, idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset; ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem; quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adiuvatur. l. 11 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26. 8). Gaius lib. 15 ad edict. prov. Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit. Aus der l. 65 § 3 cit. ergiebt sich, was ohnedies

proviſoriſchen Erwerb der Erbſchaft berechtigt[13]). Unter den ſpäteren Juriſten ſchloß ſich Papinian den Proculejanern an[14]), Ulpian trat dagegen in Betreff des Tutors auf die Seite der Sabinianer[15]), in Betreff des Curators aber auf die Seite der Proculejaner; er nahm demgemäß an, daß dieſer nur durch bonorum possessio decretalis die Erbſchaft

---

ſelbſtverſtändlich iſt, daß Stumme, Taube, Blinde ꝛc., welche trotz ihrer Gebrechen disposition sfähig ſind und deshalb keinen Curator haben, l. 8 § 3 D. de tut. et cur. (26. 5), ſelbſt über ihr Erbrecht verfügen können, vgl. auch l. 5 pr., l. 93 § 1 D. de A.v. O. H. (29. 2), l. 2 D. de b. f. fur. (37. 3), § 7 i. f. J. de hered. qual. (2. 19).

13) l. 48 § 1 D. de legat. (31.) Procul. lib. 8 epist. Bonorum possessione dementis curatori data, legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt; sed qui petent, cavere debebunt, si hereditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditum iri.

14) l. 1 D. de b. p. fur. inf. mut. surd. caec. comp. (37. 3). Papin. lib. 15 quaest. Furioso Titius substitutus est; bonorum possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem conditione est, neque instituto, neque substituto cedit, nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere; nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. Quid ergo, si accipere nolit, nonne iustius atque utilius erit, ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? Quo admisso substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret; nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret. l. 51 pr. D. de H. P. (5. 3). Papin. lib. 2 resp.

15) l. 2 § 13 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). Ulpian. lib. 13 ad Sab. Sed si infanti per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit, matri obstitisse; non enim similis est ei, quae furioso datur.

für den Curanden erhalten[16]), daher nicht für denſelben repudiiren könne[17]), weil eine b. p. decret. erſt mit dem Decret deferirt und mit der Delation auch ſofort acquirirt wird[18]). Dieſe Anſicht Ulpian's wurde zum Geſetz erhoben, hinſichtlich des Tutors durch Theodoſius und Valentinian[19]), hinſichtlich des Curators durch die erwähnte Conſtitution von Juſtinian[20]).

Nach Inhalt dieſer Conſtitution ſoll demnach der Curator eines furiosus, der als heres extraneus berufen iſt[21]), berechtigt und, ſofern die Erbſchaft einen Gewinn verſpricht, auch verpflichtet ſein, diejenige bonorum possessio für denſelben beim Richter zu agnosciren[22]), welche ehedem durch Decret des Prätors ertheilt wurde; dabei ſoll aber die frü-

16) l. 2 § 11 D. eod. . . . Igitur et si furioso decreto petita sit possessio, et, priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit. l. 12 pr. D. de b. p. (37. 1). Ulpian. lib. 48 ad edict.

17) l. 1 § 5 D. de succ. edict. (38. 9). Ulpian. lib. 49 ad edict. Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est.

18) l. 1 § 7 D. eod. Decretalis bonorum possessio an repudiari possit, videamus. Et quidem diebus finiri potest; sed repudiari eam non posse, verius est, quia nondum delata est, nisi quum fuerit decreta; rursum, posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quia quod acquisitum est, repudiari non potest.

19) c. 18 § 2 C. de iure delib. (6. 30). Vgl. § 13 Note 8.

20) c. 7 C. de curat. fur. (5. 70).

21) Daß der furiosus als suus heres die Erbſchaft ipso iure und definitiv erwerbe, war von jeher unbeſtritten, c. 7 § 2 C. eod. Sin vero perpetuus furiosus sui iuris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est iuris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus. l. 63 D. de A. v. O. H. (29. 2). § 3 J. de hered. quae ab int. (3. 1).

22) c. 9 C. qui adm. ad b. p. poss. (6. 9).

her vom Curator zu leiſtende cautio de restituendo in Wegfall kommen, offenbar weil ſich in den meiſten Fällen nicht ſagen läßt, welchen Perſonen eventuell die Erbſchaft künftig anfallen wird[23]). Nach der Agnition der b. p.[24]) hat der Curator ein Inventarium über den Nachlaß zu errichten und ihn mit dem übrigen Vermögen des furiosus zu verwalten. Wird der Curande demnächſt wieder geſund, ſo kann er jetzt nach ſeiner Wahl entweder den proviſoriſchen Erwerb der Erbſchaft durch ſeine Genehmigung in einen definitiven verwandeln oder die Repudiation erklären[25]); ebenſo

---

23) c. 7 § 3 C. de curat. fur. (5. 70). . . . Nos itaque utramque auctorum aciem certo foedere compescentes sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere (scilic. adiuvante curatore, vgl. Note 12); curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est, et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione (Note 22). §. 4. Sed quum antiquitas in curatore furiosi multas ambages constituit, quemadmodum ab eo cautio vel satisdatio detur, vel pro quibus rebus et quibus personis, et si omnis curator talem praestet cautelam, necessariam nobis visum est, ut humano generi consulentes omnem quidem obscuritatem et inextricabilem circuitum tollamus . . . § 8. . . . omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris iuris auctores induxerunt, radicitus excisa. Die Verſchmelzung der ſich entgegenſtehenden Anſichten, von der Juſtinian ſpricht, bewirkte er hiernach in folgender Weiſe: von der einen Partei adoptirte er den blos proviſoriſchen Erwerb, von der andern die Befreiung von der Caution, die beim definitiven Erwerbe wegfallen mußte.

24) Hält der Curator dieſelbe nicht für vortheilhaft, ſo können in Gemäßheit der l. 1 i. f. D. de b. p. fur. (37. 3) die nach dem furiosus berufenen Erben gegen Caution den proviſoriſchen Erbſchaftsbeſitz erhalten (Note 14).

25) c. 7 § 7 C. eod. . . . si quid postea ad furiosum pervene-

in einem lucidum intervallum[26]). Repudiirt er, oder bleibt es bei dem provisorischen Erwerb, weil er im Wahnsinn verstirbt, so gelangt die Delation des Nachlasses von ihm an diejenigen Personen, die bisher durch ihn ausgeschlossen wurden, also beispielsweise wenn er alleiniger Testamentserbe war, nach bekannten Grundsätzen zunächst an seinen Substituten, dann an die nächsten Intestaterben seines Erblassers, und schließlich an den Fiscus[27]). Hatte er aber Miterben, so gehen nach den Principien des Accrescenzrechts diese den Intestaterben vor. Und war er als gesetzlicher Erbe berufen, so tritt schon an erster Stelle das Accrescenzrecht für die Miterben ein, eventuell erfolgt die Delation an die entfernteren Intestaterben und nach diesen an den Fiscus.

Einen definitiven Erwerb durch den Curator läßt das

---

rit, sive ex hereditate, vel successione, vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo, hoc furioso accedat, et hoc cum alia eius substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo; et sub eius cura custodiatur, quatenus, siquidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

26) c. 6 C. eod. Justinian. ... sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt.

27) c. 7 § 8 C. eod. Sin autem in furore diem suum finierit, vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, siquidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum, vel ab intestato heredes, vel ad nostrum aerarium: eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cuius bona vocabantur, si non in medio erat furiosus. Der letzte Satz enthält ersichtlich das Princip, welches dem vorausgeschickten Beispiele zu Grunde liegt und überall zur Anwendung kommen soll. Je nach Verschiedenheit des Falls erfolgt daher die weitere Delation in der im Text angegebenen Weise. A. M. ist v. Bangerow a. a. O. S. 11 ff.; vgl. unten Note 36.

römiſche Recht nur in Einem Falle zu, wenn nämlich dem furiosus oder ſonſt einem Willensunfähigen ein Univerſalfideicommiß auferlegt iſt. Hier kann der Curator die Erbſchaft, ſo weit es ihre Reſtitution nothwendig macht, endgültig erwerben, weil in dieſem Umfange das Intereſſe des Fideicommiſſars die Möglichkeit der Stellvertretung fordert. Darüber hinaus findet ſie aber nicht Statt[28]). Soll alſo blos die Hälfte der Erbſchaft reſtituirt werden, ſo kann der Curator die andere Hälfte nur proviſoriſch erwerben. Und ebenſo verhält es ſich bei Reſtitution der ganzen Erbſchaft mit der dem Fiduciar gebührenden Quarta Trebelliana[29]). Sein Recht auf dieſe iſt eine vererbliche Delation, welche die Natur eines Vermächtnißrechtes hat[30]). Deshalb ſteht es unter denſelben Vorſchriften wie die Vermächtniſſe, die gleich den Erbſchaften nur der furiosus ſelbſt nach ſeiner Geneſung agnosciren und repudiiren kann; ſein Curator kann ſie blos proviſoriſch erwerben. Stirbt der furiosus, ohne geſund zu werden, ſo werden die Vermächtniſſe wegen der Vererblichkeit der Delation zwar Beſtandtheile ſeiner Erbſchaft, aber über ihren definitiven Erwerb hat der Erbe noch zu entſcheiden[31]).

---

28) l. 35 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Ulpian. lib. 6 de off. procons. Quum heres instituta furiosa hereditatem esset rogata restituere, curatorem eius secundum tabulas bonorum possessione accepta posse transferre actiones, Divus Pius decrevit. Juſtinian wiederholt dieſe Beſtimmung in c. 7 pr. C. ad S. C. Treb. (6. 49); ſiehe unten Note 33.

29) Vgl. Sintenis a. a. O. Note 11. A. M. iſt Mühlenbruch a. a. O. S. 457 ff.

30) Vgl. § 3 Note 52 u. 53 und meine Abhandl.: Zur Lehre v. Erw. d. Erbſch. u. d. Verm. in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 218.

31) c. 7 § 9 C. de curat. fur. (5. 70). Legatis autem procul dubio et fideicommissis ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis

Ist einem furiosus ein Universalfideicommiß nicht auferlegt, sondern hinterlassen, so kann die Restitution der Erbschaft an den Curator erfolgen und daher eventuell auch von diesem erzwungen werden, aber nur mit der Wirkung eines provisorischen Erwerbs. Die Sabinianer wollten hier wie überall eine definitive Acquisition[32]), Justinian hat aber die Ansicht der Proculejaner recipirt; nur die cautio de restituendo, die nach ihnen mit dem provisorischen Erwerbe verknüpft war, soll auch hier nicht mehr vom Curator gefordert werden können[33]).

Die Principien der deutschrechtlichen Vormundschaft,

---

et substantiae eius aggregandis; sin autem ipse resipuerit et ea admittere noluerit et aperte haec respuerit, vel heres eius hoc fecerit, a substantia eius illico separandis, quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta, et per legitimum tramitem ambulantibus, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adiuvantibus. Vgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 199.

32) l. 65 § 3 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Vgl. Note 12.

33) c. 7 pr. C. ad S. C. Treb. (6. 49). Sancimus, licentiam esse, etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sine onere fideiussionis, ubi tamen pupillus fari non possit, vel abesse noscitur, ne, dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. Idemque iuris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori eius soli, nomine scilicet furiosi, celebretur . . . Hoc eodem observando et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt. Aus den Worten sine onere fideiussionis ergiebt sich, daß hier von einem provisorischen, nicht von einem definitiven Erwerb die Rede ist, wie gewöhnlich angenommen wird, vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 458 ff., Sintenis a. a. O. Note 11: denn die in ihnen ausgesprochene Befreiung von der Caution hat nur jenem gegenüber einen Sinn. — Für den infans in der Tutel tritt zufolge dieser Constitution ein auffallendes Verhältniß ein: ist er heres directus, so kann der Tutor die Erbschaft für ihn definitiv erwerben, ist er heres fideicommissarius, blos provisorisch, vgl. § 13 Note 8.

denen zufolge bei der Altersvormundschaft der Unterschied zwischen tutela und cura im gemeinen Rechte aufgehoben ist[34]), fordern, daß heute dem Curator wahnsinniger und s. g. preßhafter Personen dieselbe Repräsentationsbefugniß zusteht, wie dem Vormund der Minderjährigen[35]). Von der herrschenden Doctrin und Praxis wird dies aber bis jetzt nicht anerkannt. Sie läßt zwar den Vater für sein willensunfähiges Hauskind ohne Rücksicht auf das Alter desselben, und den Vormund für den Minorennen ohne Rücksicht auf Mündigkeit oder Unmündigkeit definitiv Erbschaften antreten und ausschlagen, aber bei dem Curator eines Willensunfähigen hält sie an dem provisorischen Erwerbe des römischen Rechts fest[36]).

---

34) Vgl. § 13 Note 19.

35) Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 207.

36) Vgl. Böhmer, Auserl. Rechtsfälle Bd. 2 S. 298, Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. 2 S. 173, Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 307, Bd. 7 Nr. 69, Bd. 15 Nr. 233, Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 3 S. 459 ff., Heuser, Annal. Bd. 11 S. 309 ff. und die zu Anfang des Paragraphen angeführten Schriftsteller. Unter diesen hat nur v. Wangerow a. a. O. eine abweichende Ansicht aufgestellt. Er nimmt auf Grund des römischen Rechts einen definitiven Erwerb der Erbschaft durch den curator furiosi an, aber einen solchen, der wieder aufhört, wenn der furiosus im Wahnsinn stirbt oder nach erfolgter Genesung repudiirt. Daraus, daß hiernach eine schon erworbene Erbschaft vacant wird, zieht er die Consequenz, daß dieselbe den Miterben des furiosus nicht accresciren könne, und daß man sich daher streng an Justinian's Worte in der c. 7 § 8 C. de curat. fur. zu halten habe, in denen nach den Substituten, ohne der Miterben zu gedenken, sofort die Intestaterben als diejenigen Personen bezeichnet würden, an welche die weitere Delation der Erbschaft gelange, vgl. Note 27. Diese Ansicht wird nach der Ausführung im Text einer besonderen Widerlegung um so weniger bedürfen, als sie keine Anhänger gefunden hat, und die Unhaltbarkeit ihrer Gründe bereits von Fritz a. a. O. überzeugend nachgewiesen ist; vgl. auch v. Löhr a. a. O., und Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 3 S. 459 ff.

c. Erbrecht Abwesender und Verschollener*).

§ 15.

Wird ein Abwesender zur Erbfolge berufen, der für die Administration seines Vermögens einen Generalmandatar zurückgelassen hat, so kann dieser zwar anderweitige Rechtsgeschäfte in seinem Namen vornehmen, bei der Ausübung des Erbrechts aber kann er nicht als sein Stellvertreter fungiren. Nach bereits früher entwickelten Grundsätzen[1]) ist das Mandat nichtig, soweit es sich auf den Antritt oder die Repudiation von Erbschaften erstreckt, mag es ganz allgemein auf künftige Erbschaften, oder mag es auf die künftigen Erbschaften bestimmter Personen gerichtet worden sein[2]). Nur auf Grund eines nach der Delation ertheilten Specialmandats kann der Mandatar über Antritt und Repudiation eine gültige Erklärung abgeben. So lange es an diesem fehlt, ist er auf die Erbittung des provisorischen Erbschaftsbesitzes beschränkt; diese setzt kein Specialmandat voraus, weil dabei die definitive Entscheidung über den Erwerb der Erbschaft dem Delaten vorbehalten bleibt. Es ist daher lediglich Sache des richterlichen Ermessens, ob es sich empfiehlt, einstweilen dem Vertreter des Delaten gegen Caution den Besitz der

---

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 462 ff., Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. 2 S. 142 ff., Pfeifer, Prakt. Ausführ. Bd. 4 S. 360 ff., Kraut, Die Vormundsch. Bd. 2 §§ 62—66, Schäffer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 5 S. 397 ff., Bruns in Bekker's u. Muther's Jahrb. f. gem. deutsch. R. Bd. 1 S. 90 ff., Blätter f. Rechtsanw. Bd. 16 S. 209 u. 225, Bd. 19 S. 17, 33 u. 49, Bd. 26 S. 17, 33 u. 49. Vgl. auch oben § 1 Note 1 und § 2 Note 4.

1) Vgl. § 11.

2) l. 25 §§ 5, 6 D. de A. v. O. H. (29. 2). Vgl. § 11 Note 11 u. 25.

Erbſchaft zu gewähren, oder für die Verwaltung derſelben durch Ernennung eines curator hereditatis Sorge zu tragen [3]). Stirbt der Delat während dieſes Proviſoriums, ohne von der Delation Kenntniß erhalten zu haben, ſo wird dadurch an ſich die Transmiſſion der Erbſchaft auf ſeine Erben unmöglich. Das römiſche Recht hat hier indeſſen der Billigkeit Rechnung getragen: wo Jemand wegen Abweſenheit ſein Erbrecht nicht erfahren und deshalb bis zu ſeinem Tode nicht ausgeübt hat, ſollen die Erben aus ſeiner Perſon einen Anſpruch auf Reſtitution haben (ſ. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis), wie wenn der Delat ſelbſt ſchon propter absentiam vom Erwerbe der Erbſchaft ausgeſchloſſen worden wäre [4]).

Hat ſich Jemand ohne Beſtellung eines Procurators aus der Heimath entfernt, ſo kann ſein zurückgebliebenes Vermögen die Anordnung einer cura absentis nothwendig machen [5]). Dieſe cura iſt eine cura dativa und nur eine cura bonorum, die keine plena administratio rerum giebt, ſondern blos custodia mit dem Rechte, verderbliche Sachen des Abweſenden zu verkaufen und gefährdete Klagerechte desſelben anzuſtellen [6]). Darüber hinausgehende Befugniſſe hat der curator absentis auch durch die gemeinrechtliche Praxis nicht erhalten. Er ſteht daher hinter dem curator minorum

3) l. 7 pr. D. de b. p. (37. 1). . . . et absenti et non petenti dari bonorum possessio potest, si hoc ipsum praetor non ignoret. Vgl. Bruns a. a. O. S. 117 ff.

4) l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), vgl. l. 30 pr. D. eod.

5) Vgl. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 156 I, Blätter f. Rechtsanw. Bd. 16 S. 212 ff.

6) l. 15 pr. D. ex quib. caus. major. (4. 6). l. 6 § 2 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4). l. 1 § 4 D. de muner. (50. 4). l. 48 D. de admin. tut. (26. 7). l. 1 § 23, l. 5 § 1 D. de ventre i. p. mitt. (37. 9).

zurück. Dieser kann als Stellvertreter das Erbrecht des Mündels ausüben, derselbe mag anwesend oder abwesend sein, sofern nur sein Leben nicht zweifelhaft geworden ist; und eine gleiche Stellung nimmt der Paterfamilias auf Grund der väterlichen Vormundschaft dem minderjährigen Hausſohne gegenüber ein[7]). Der curator absentis dagegen, der in Ermangelung anderer Vertreter ernannt ist, hat wie der Generalmandatar nur die Berechtigung, den provisorischen Erbschaftsbesitz zu erbitten; der definitive Antritt ist bei ihm ebenfalls durch die Ratihabition oder durch ein Specialmandat des Abwesenden bedingt.

Ist für den Abwesenden auch kein Curator bestellt, weil er kein Vermögen zurückgelassen hat, so muß über eine ihm anfallende Erbschaft die cura hereditatis iacentis angeordnet werden, bis er sich auf Benachrichtigung über den Erwerb derselben erklärt[8]). Trifft ihn diese Nachricht nicht mehr am Leben, so haben natürlich seine Erben auch hier und ebenso im Fall der cura absentis das Rechtsmittel der Restitution.

In den bisher besprochenen Fällen ist vorausgesetzt, daß man den Wohnort des Abwesenden kennt und sich deshalb nachweisen läßt, daß er erst nach der Delation gestorben ist. Hat man über seinen Aufenthalt keine Kunde, weil bereits seit längerer Zeit alle Nachrichten ausgeblieben sind, so handelt es sich nicht mehr um einen Abwesenden im gewöhnlichen Sinne, sondern um eine Person, deren Existenz in Folge ihrer Abwesenheit fraglich geworden ist. Es läßt sich nicht ermitteln, ob sie noch lebt, oder ob und wann sie

7) Vgl. § 12 u. 13.

8) l. 8, l. 9 pr. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4). Vgl. Sintenis a. a. O. § 156. III.

geſtorben iſt; die Abweſenheit iſt deshalb in das Stadium der Verſchollenheit übergegangen.

Wo ein Verſchollener als Erbe berufen wird, iſt alſo ungewiß, ob das Subject für das Erbrecht überhaupt exiſtirt. Es entſteht daher die Frage, ob er bei der Delation mitgezählt oder von derſelben ausgeſchloſſen werden ſoll. Das römiſche Recht reſervirt dem Verſchollenen ſein Erbrecht wie dem Abweſenden, deſſen Leben gewiß iſt[9]), und läßt durch ſeine Vertreter die Erbittung des proviſoriſchen Erbſchaftsbeſitzes zu, indem es nach Analogie theils des nasciturus, theils des furiosus die bloße Möglichkeit berückſichtigt, daß das Subject für jenes Recht noch in rerum

9) l. 4 § 2 D. de bon. libert. (38. 2). . . . si patronus apud hostes sit . . . propter spem postliminii obstat liberis suis. l. 1 § 4 D. de suis et legit. hered. (38. 16). . . . Quodsi filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt. l. 1 § 4 D. de b. p. c. t. (37. 4). Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. l. 5 § 1 D. unde legit. (38. 7). l. 10 § 1 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). In allen dieſen Stellen iſt von Kriegsgefangenen die Rede, über deren Leben nothwendig in vielen Fällen Ungewißheit herrſchen mußte. Wenn hier daher geſagt iſt, der captivus ſchließe die entfernteren Erben aus, quamdiu vivit, oder ſo lange die spes postliminii vorhanden ſei, ſo kann das nicht ſo verſtanden werden, als ob die Berückſichtigung eines Kriegsgefangenen von der Gewißheit ſeines Lebens abhängig ſei, ſondern nur ſo, daß die Hoffnung auf ſein Leben und damit auf ſeine Rückkehr noch möglich ſein muß. Dieſe dauert auch bei einem verſchollenen Kriegsgefangenen fort, bis ſein Tod bewieſen iſt (Note 11). So lange wird für ſein Vermögen ein Curator beſtellt (l. 1 § 4 D. de muner. (50. 4). . . . bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est, et reverti speratur), und ſeine Beerbung hinausgeſchoben (c. 4 C. de postlim. (8. 51). . . . eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur); daher ſteht er ſo lange auch den Nacherben im Wege, wenn er ſelbſt zur Erbfolge berufen iſt.

natura iſt, und daß es demnächſt in eine Lage kommt, in der es von demſelben Gebrauch machen kann[10]). Dabei wird aber der Verſchollene nicht definitiv als lebend präſumirt, ſondern die Frage, ob er lebt, iſt in pendenti[11]) und entſcheidet ſich erſt ex postfacto, durch ſeine Rückkehr oder durch den ſpäteren Nachweis ſeines Todes[12]). Die Ausübung des reſervirten Erbrechts iſt daher auf alle Fälle unmöglich, weil ſeine Exiſtenz ungewiß iſt[13]); auch ein Repräſentant, der an ſich dieſelbe vornehmen dürfte, kann aus dieſem Grunde den Verſchollenen nicht vertreten[14]).

Der proviſoriſche Zuſtand zu Gunſten des Verſchollenen ſchließt die Mit- und Nacherben ſo lange aus, bis ſie den Tod deſſelben beweiſen können[15]). Das römiſche Recht kennt

---

10) l. 12 D. de b. p. (37. 1). Non est ambigendum, quod plerumque et contra fiscum et contra rempublicam admitti debeant quidam, utputa venter, item furiosus, item is, qui captivi bonorum possessionem petit. Aus der Zuſammenſtellung des captivus mit dem furiosus und venter ergiebt ſich, daß hier mit der captivi bonor. poss. die ihm ſelbſt zuſtehende b. p. gemeint iſt, nicht, wie die Baſiliken (XL. 1. 12) und die Gloſſe annehmen, die b. p. an ſeiner Erbſchaft, vgl. Bruns a. a. O. S. 96.

11) l. 10 § 1 D. ad S. C. Tertull. (38. 17). Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore appenderit, veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci, nec natus sit, aut mortuus editus, vel quod etiam filius, qui in hostium potestate erat, postliminio non sit reversus.

12) l. 169 § 1 D. de R. J. (50. 17). Quod pendet, non est pro eo, quasi sit. l. 15 D. de reb. dub. (34. 5). Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est.

13) Vgl. § 10.

14) Die Verſchollenheit hinderte alſo z. B. beim infans die Vertretung durch ſeinen Tutor und ſeinen Paterfamilias, vgl. § 12 u. 13.

15) Vgl. Note 9.

keine Todespräſumtion und überhaupt kein anderes Mittel, wodurch die Ungewißheit für die intereſſirten Perſonen ihr Ende erreicht. Namentlich haben dieſelben kein Recht auf Anſetzung einer Deliberationsfriſt unter dem Präjudiz der Präcluſion; dies Verfahren iſt nur ſtatthaft, wenn der Berufene Kenntniß von der Delation hat. Daß es in der römiſchen Praxis möglich war, hier ohne Präſumtionen durchzukommen, obwohl die Verſchollenheit ihrem Begriffe nach den wirklichen Beweis des Todes unmöglich macht, erklärt ſich aus dem freien römiſchen Beweisprincip[16]), nach welchem der Richter den Tod einer Perſon ſchon als bewieſen anſehen konnte, wenn er ihn auf Grund der concreten Umſtände in ſeiner moraliſchen Ueberzeugung für wahrſcheinlich hielt[17]). Eine Erleichterung gewährte dabei noch die lex Cornelia, welche den Tod der Kriegsgefangenen, bei denen die Verſchollenheit hauptſächlich vorkommen mußte, auf die Zeit ihrer Gefangennehmung zurückbezog[18]). Hier war in Folge deſſen blos der Tod zu beweiſen, die Zeit, wo er eingetreten, ſtand ſchon geſetzlich feſt; nur im Fall einer Verſchollenheit ohne Kriegsgefangenſchaft hatte der Richter auch über dieſe nach der concreten Wahrſcheinlichkeit zu entſcheiden[19]).

---

16) Bruns a. a. O. S. 104.

17) l. 3 § 2 D. de testib. (22. 5). ... Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest ... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.

18) l. 18 D. de capt. et de postlim. (49. 15).

19) Dieſer Fall ſtand dem gleich, wo das Alter eines Lebenden zu beweiſen war: l. 13 D. de probat. (22. 3). Quum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: Et durum

Durch die Ausbildung der modernen Beweistheorie im Mittelalter, welche die Entscheidung des Richters von festen Beweisregeln abhängig machte, verloren die römischen Vorschriften das zu ihrer praktischen Durchführung erforderliche Fundament. Der nach ihnen zu führende Beweis wurde jetzt in dem Maße erschwert, daß man nothwendig zu juristischen Präsumtionen hingedrängt werden mußte[20]).

In der Italiänischen Theorie und Praxis des Mittelalters[21]) findet sich denn auch bereits die Präsumtion für die hundertjährige Fortdauer des Lebens, die schon von der Glosse angenommen wurde und von da aus allgemeine Verbreitung fand. Sie ist zwar in der Glosse noch ohne alle Beziehung auf die Verschollenheit ausgesprochen[22]) und auch wohl unabhängig von dieser entstanden, indem man von dem Principe ausging, daß Veränderungen nicht vermuthet werden, und mit ihm diejenigen Stellen in Verbindung brachte, welche in Beziehung auf die Dauer des Ususfructus einer Corporation und in Beziehung auf die Verjährung hundert Jahre als längstes Leben bezeichnen[23]). Bald wurde aber

---

et iniquum est, quum de statu aetatis alicuius quaereretur, et diversae professiones proferuntur, ei potissimum stare, quae nocet; sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

20) Dem nachfolgenden Ueberblick über die historische Entwickelung des Verschollenheitsrechts liegt die oben citirte Abhandlung von Bruns zu Grunde; es ist deshalb auch wegen des umfangreichen Quellenmaterials, welches hier in Betracht kommt, lediglich auf ihn verwiesen.

21) Bruns a. a. O. S. 122—126.

22) Vgl. die Glosse an filius zu l. 34 D. de A. v. O. H. (29. 2) und die Glosse liquerit zu l. 2 § 4 D. testam. quemadm. aper. (29. 3).

23) l. 56 D. de usufr. (7. 1). l. 8 D. de usu et usufr. (33. 2). c. 23 C. de sacros. eccl. (1. 2). Nov. 9.

diese Präsumtion von den Italiänischen Juristen auch auf die Verschollenheit zur Anwendung gebracht, wenn gleich nicht ohne vielfachen Widerspruch. Hinsichtlich der Vormundschaft über das Vermögen eines Verschollenen blieben sie aber bei der römischen cura absentis stehen.

Mit der Reception des römischen Rechts schloß man sich auch in Deutschland den Ansichten der Italiänischen Romanisten an[24]). Sie wurden hier aber mit dem bereits bestehenden Gewohnheitsrechte verbunden, und dadurch ein selbständiges neues Recht begründet. In welcher Weise sich dasselbe allmählich entwickelt hat, läßt sich indessen nicht mit Sicherheit nachweisen, weil der Zustand des deutschen Rechts vor der Reception des römischen wegen Mangels an Quellen im Dunkeln liegt.

Wahrscheinlich war es auch nach älterem deutschen Rechte einstweilen in pendenti, ob der Verschollene lebe oder todt sei[25]). Demungeachtet wurde ihm aber bei seiner Berufung zur Erbfolge die Erbschaft nicht reservirt, sondern in der Art Fürsorge getroffen, daß von den anderweitigen Erben, welche die Erbschaft allein erhielten, Caution für die Restitution derselben durch Pfand, Bürgen oder Eid auf den Fall seiner Rückkehr bestellt werden mußte. Es läßt sich dies aus der Behandlung der Erbschaftsklage schließen. Diese weicht von der römischen darin ab, daß das deutsche Recht nicht den absoluten Beweis des Erbrechts vom Kläger forderte, sondern nur, daß er relativ mehr Recht auf die Erbschaft hat, als der Beklagte. Deshalb läßt es, wenn der Kläger seine Verwandtschaft mit dem Erblasser beweist, als

24) Bruns a. a. O. S. 126—140.

25) Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 226 nimmt an, jeder Abwesende sei ohne Weiteres so lange als todt behandelt, bis er wieder erschien; vgl. dagegen Bruns a. a. O. S. 133 ff.

Gegenbeweis nur Unfähigkeit des Klägers oder nähere Verwandtschaft des Beklagten zu, nicht aber auch, daß dritte nähere Verwandte da seien. Auf die Rechte solcher etwaigen näheren Erben wird jedoch dadurch Rücksicht genommen, daß der Kläger, wenigstens wenn das Gericht die Erbschaft in Besitz genommen hat, Caution für ihre Rückgabe leisten muß, falls binnen Jahr und Tag sich ein näherer Erbe melden sollte, der wegen Unkenntniß oder Abwesenheit oder aus andern Gründen nicht gerichtlich aufgetreten war[26]).

Kehrte der Verschollene nicht zurück, so mußte der weitere Verlauf der Sache von seiner eigenen Beerbung abhängig sein, also von der Annahme seines Todes, durch welche dieselbe bedingt war. Bei der Todeserklärung mußte auch zur Sprache kommen, ob er noch bei seinen Lebzeiten Erbschaften dem deutschen Principe gemäß ipso iure erworben hatte, die deshalb, sofern keine Verjährung eingetreten war[27]), von seinen Erben mit eingezogen werden konnten. Wann ein Abwesender als todt zu betrachten sei, darüber scheinen nach älterem deutschen Rechte keine bestimmten Grundsätze, sondern die Umstände entschieden zu haben, so daß der Tod angenommen wurde, wenn die Vermuthung für ihn sprach. Diese freie Beurtheilung der Umstände setzte sich mit dem deutschen Beweissysteme wohl dadurch in Einklang, daß man, nachdem der Erbe die Abwesenheit, ihre Dauer und den Mangel aller Nachrichten beschworen hatte, die Frage, ob hiernach der Verschollene als todt zu behandeln sei, als eine Rechtsfrage ansah, bei welcher das Gericht freie Hand hatte. Deshalb wartete man auch wahrscheinlich in Fällen eigent-

26) Die Belegstellen siehe bei Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 222 ff.

27) Auf die activen Erbrechte Abwesender kam die Verjährung von 30 Jahren und Jahr und Tag zur Anwendung, Sachsenſp. I. 29. Vgl. Bruns a. a. O. S. 137.

licher Verſchollenheit nicht allzu lange mit der Todesannahme. An dieſe knüpfte ſich dann die Beerbung des Verſchollenen, aber zur eventuellen Sicherung deſſelben mußten die Erben eine Caution für die Rückgabe der Erbſchaft beſtellen. Erfolgte die Rückkehr des Verſchollenen nicht, ſo blieb es bei der früheren Todesannahme; einen Aufſchub ſeiner Beerbung bewirkte die Caution nicht. Auf wie lange dieſe Caution zu ſtellen war, und ob man bis zur Todeserklärung die Fortdauer des Lebens präſumirte oder nicht, iſt wegen Mangels an Quellen nicht zu entſcheiden. Es läßt ſich daher auch nicht ſagen, ob die Erben des Verſchollenen nur ſolche Erbſchaften an ſich ziehen konnten, deren Anfall er erweislich noch erlebt hatte, oder auch diejenigen, zu denen er in der Zeit der Ungewißheit ſeines Lebens bis zur Todeserklärung berufen worden war.

Eine Aenderung dieſes älteren Rechtszuſtandes in Deutſchland wurde erſt durch die Reception des römiſchen Rechts herbeigeführt. Unter dem Einfluſſe der Anſichten der Italiäniſchen Romaniſten bildete ſich jetzt ein neues Verſchollenheitsrecht. Die älteſten darüber vorhandenen Quellen ſind die Urtheile der Sächſiſchen Schöffen, die ſich bei den Sächſiſchen Juriſten aus dem Anfang des 17. Jahrhunderts finden[28]), namentlich bei Carpzov[29]), der den Gegenſtand am vollſtändigſten behandelt. Nach ſeiner Darſtellung beruhte die Sächſiſche Praxis des 16. Jahrhunderts auf folgenden Principien. Der Abweſende wird bis zum hundertſten Lebensjahre als lebend präſumirt und kann daher auch als Verſchollener noch nicht beerbt werden. Von vornherein

28) Bruns a. a. O. S. 140—152.

29) Jurisprudentia forensis III, 15 def. 48—57. Responsa V, 33. Opus decisionum II, 135.

wird für ihn eine gewöhnliche römische cura absentis angeordnet; bei wirklicher Verschollenheit aber, d. h. bei mehrjährigem Ausbleiben aller Nachrichten ohne besondere Erklärungsgründe, können seine nächsten Erben verlangen, gegen Caution in sein gesammtes Vermögen und seine gesammte Vertretung zugelassen zu werden. Diese provisorische Besitzeinweisung hat nicht den Charakter einer Vormundschaftsbestellung, sondern wird in den Urtheilen als „Ausfolgung" des Vermögens bezeichnet. Deshalb hat der Erbe ein Recht auf dieselbe, auch wenn er nicht vormundschaftsfähig ist. Als Besitzer des Vermögens steht ihm die freie Verwaltung desselben ohne gerichtliche Rechnungsablage und die Befugniß zu, alle dem Verschollenen anfallenden Erbschaften an sich zu ziehen. Nur diesem selbst muß er auf den Fall der Rückkehr Rechnung legen und das Vermögen mit allen Nutzungen und Früchten restituiren; dafür stellt er die Caution. Stirbt der nächste Erbe, so vererbt sich der provisorische Besitz auf seine Erben, nicht auf die nun nächsten Erben des Verschollenen; nur wenn jene mit dem Verschollenen gar nicht verwandt sind, gehen ihnen dessen weitere Verwandten, sofern sie die Caution leisten können, vor, um das Vermögen, so lange der Verschollene als lebend betrachtet wird, wo möglich seiner Familie zu erhalten. Abgesehen von dieser Modification war der provisorische Besitz ein festes vererbliches Recht an der Erbschaft. Demungeachtet wird derselbe von den Sächsischen Juristen unter den Begriff der cura subsumirt, ohne dabei aber seine Verschiedenheit von der römischen cura zu verkennen[30]). Diese cura dauerte

30) Sie bezeichnen dieselbe als eine cura anomala et extraordinaria, Carpzov, Decis. II, 135 n. 2, Resp. V, 83 n. 11. Bruns a. a. O. S. 145.

nach der noch zu Carpzov's Zeit geltenden Regel bis zum hundertsten Lebensjahre des Verschollenen; nur unter besonderen Umständen konnte der Tod der Wahrscheinlichkeit wegen früher als bewiesen angenommen werden, namentlich bei langer Abwesenheit und vergeblichen Nachforschungen schon mit dem siebzigsten Jahre. Ob mit der Todesannahme der provisorische Besitz ipso iure in definitiven überging und die Caution ipso iure erlosch, oder ob erst noch eine förmliche Todeserklärung und Erlassung der Caution ausgesprochen wurde, läßt sich aus den vorhandenen Urtheilen nicht ermitteln. Gewiß ist nur, daß der Todeserklärung keine Edictalien voraufgingen, und daß sich mit derselben rückwärts der provisorische Besitz in definitives Erbrecht umwandelte (s. g. successio ex tunc), d. h. daß nachträglich der Tod des Verschollenen zur Zeit der Besitzeinweisung angenommen und darnach seine Beerbung geordnet wurde [31]).

Wie in diesem neuen Verschollenheitsrecht die Ansichten der Italiänischen Romanisten und das alte deutsche Recht mit einander verbunden waren, ergiebt sich aus der bisherigen Ausführung von selbst: von jenen hatte man die hundertjährige Lebenspräsumtion und die anfängliche römische cura absentis, aus diesem die Beerbung des Verschollenen gegen Caution entnommen. Wegen der Lebenspräsumtion mußte die alte definitive Beerbung zwar zu einem provisorischen Besitze werden, allein in der Sache änderte sich damit nicht viel, da der provisorische Besitz als ein vererbliches Recht und schließlich rückwärts als definitives Erbrecht behandelt wurde, wenn sich keine Gewißheit über den Tod des Verschollenen herausstellte.

Das für die Sächsische Praxis nachgewiesene Recht hatte

31) Bruns a. a. O. S. 150.

im übrigen Deutschland ebenfalls Geltung. Dafür spricht nicht blos der Umstand, daß die Sächsischen Juristen selbst ihre Praxis als ein weit verbreitetes Gewohnheitsrecht bezeichnen[32]), sondern es bestätigen dies auch Urtheile vom Anfange des 17. Jahrhunderts aus andern Gegenden Deutschlands und Particulargesetze des 17. und 18. Jahrhunderts, die auf dem Standpunkte des alten Gewohnheitsrechts stehen[33]).

Eine neue Entwickelung erfuhr das Verschollenheitsrecht im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts[34]). Den Anstoß dazu gab die vorhin erwähnte Auffassung des provisorischen Besitzes als cura, die sich bei den alten Sächsischen Juristen, namentlich bei Carpzov fand, dessen Darstellung sich rasch durch ganz Deutschland verbreitet hatte und zuerst überall ohne Widerspruch angenommen worden war. Später sah man indessen ein, daß sich die Carpzov'schen Grundsätze mit der Natur der cura nicht vereinigen ließen, und daß man daher entweder jene, oder den Begriff der cura aufzugeben habe. Beide Richtungen wurden eingeschlagen.

Der nächste Angriff richtete sich gegen die cura. Man wollte diese nicht wie Carpzov auf die Lebenspräsumtion stützen, sondern auf die Präsumtion des Todes, welche aus der Verschollenheit hervorgeht; deshalb wurde jetzt die cura als eine hereditas conditionata aufgefaßt. Mit dieser Auffassung ließen sich zwar im Allgemeinen die Carpzov'schen Grundsätze in Einklang bringen, namentlich die successio ex tunc, allein in Einer Beziehung führte sie nothwendig zu

32) Carpzov, Jurispr. for. III, 15 def. 48. . . . hoc generali quodam horum aliorumque multorum locorum consuetudine introductum usuque receptum est.

33) Bruns a. a. O. S. 152—157.

34) Bruns a. a. O. S. 157—188.

einer abweichenden Consequenz: wenn man statt der Lebenspräsumtion die Todespräsumtion zu Grunde legte, so durfte man die an die Stelle der cura tretende Beerbung nicht auf den Anfang der Verschollenheit setzen, sondern mußte sie so spät eintreten lassen, daß aus der Dauer der Verschollenheit eine Todespräsumtion begründet wurde. Dies geschah denn auch von den Vertretern dieser Ansicht, und zwar gingen sie dabei so weit, daß sie die Todespräsumtion aus dem siebzigsten Lebensjahre zum Anfange der hereditas conditionata und der Caution machten.

Im Gegensatz zu dieser Richtung wollte man später den Begriff der cura festgehalten wissen, bekämpfte aber die nicht dazu passenden Carpzov'schen Grundsätze, namentlich die successio ex tunc und die damit zusammenhängende Vererbung der cura. Wenn man die Ertheilung des blos provisorischen Besitzes auf die Präsumtion des Lebens bis zum hundertsten resp. siebzigsten Jahre gründete, und aus ihr fortwährend den Erwerb von Erbschaften für den Verschollenen folgerte, so war es inconsequent, wenn man schließlich doch seine definitive Beerbung so ordnete, als ob er schon bei der provisorischen Besitzeinweisung gestorben sei. Darin lagen zwei Präsumtionen, eine praesumtio vitae und eine praesumtio mortis, die einander widersprachen. Von diesem Standpunkte aus griff man die successio ex tunc mit dem Erfolge an, daß sie in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts fast vollständig aus der Theorie und Praxis verdrängt war. Man betrachtete jetzt das Ende der Lebenspräsumtion als den Augenblick der Todespräsumtion und setzte, indem man nach diesem die definitive Beerbung des Verschollenen regulirte, an die Stelle der successio ex tunc die successio ex nunc.

Mit dieser Reform verlor allmählig auch die provisori-

sche Besitzübertragung ihren bisherigen Charakter. Sie wurde nicht mehr als eine Beerbung aufgefaßt, sondern als eine Vormundschaft, und zwar als eine der cura minorum analoge cura personalis, folglich als ein unvererbliches Recht. Wenn der nächste Erbe starb, ging daher die cura nicht wie früher auf seine Erben über, sondern sie gelangte an die nun nächsten Erben des Verschollenen. An diese mußte also das Vermögen mit allen Früchten und Accessionen herausgegeben werden[35]); erst mit dem Augenblick der Todespräsumtion wurde aus der Vormundschaft eine wirkliche Erbfolge.

Zu den Accessionen, welche an die Nachfolger des Curators zu restituiren waren, gehörten auch die von diesem für den Verschollenen erworbenen Erbschaften und Legate. Obwohl im Laufe des 17. Jahrhunderts dem deutschen Principe, nach welchem Erbschaften ipso iure erworben werden, das römische Antretungsprincip durch die Romanisten substituirt wurde, und obwohl man sonst dem römischen Rechte gemäß den Antritt von Erbschaften durch einen Curator verwarf, so hielt man doch bei der Verschollenheit an dem alten hergebrachten Rechte fest und stellte den Curator eines Verschollenen dem deutschen Altersvormunde gleich. Vom Standpunkte der successio ex tunc trat man zwar der Anwendung der Lebenspräsumtion auf den Erwerb von Erbschaften entgegen, weil mit ihr die Vermuthung des Lebens bis zur Todesannahme nicht harmonirte; von diesem Widerspruch war aber nicht mehr die Rede, als die successio ex nunc in der herrschenden Theorie und Praxis Aufnahme gefunden hatte. Zur Begründung dieser war die Lebenspräsumtion unerläßlich. Denn wenn man blos annahm, daß der Verschollene mit

35) Bruns a. a. O. S. 164.

einem beſtimmten Jahre nicht mehr lebe, nicht zugleich, daß er gerade mit dieſem Jahre geſtorben ſei, ſo rechtfertigte ſich auch nur, daß er jetzt überhaupt beerbt wurde, nicht daß ſeine Beerbung ex nunc, d. h. nach dem jetzigen Zeitpunkte erfolgte. Bei Streitigkeiten wäre vielmehr dann die Todeszeit zu beweiſen geweſen, die ſich der Verſchollenheit wegen nach dem modernen Beweisprincipe nicht beweiſen ließ, und die eben deshalb durch die Präſumtion des Lebens bis zum Augenblick der Todesannahme feſtgeſtellt werden mußte.

Nach der alten Sächſiſchen Praxis bildete, wie oben erwähnt iſt, die hundertjährige Lebenspräſumtion die Regel; nur ausnahmsweiſe konnte der Tod ſchon bei ſiebzig Jahren angenommen werden, namentlich wenn mit dieſem Alter lange Abweſenheit und vergebliche Nachforſchungen concurrirten. Im Verlaufe des 17. und 18. Jahrhunderts wurde dieſe Ausnahme in der Weiſe zur Regel erhoben, daß man die ſiebzig Jahre einfach an die Stelle der hundert ſetzte. Zuerſt geſchah dies wieder in der Sächſiſchen, dann auch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis[36]). Den innern Anlaß dazu gab das Bedürfniß, die Lebenspräſumtion der natürlichen Wahrſcheinlichkeit näher zu bringen; äußerlich ſtützte man ſich auf Pſalm 90 V. 10. Der Verſchollene wird alſo jetzt bis zum ſiebzigſten Jahre als lebend und mit Zurücklegung deſſelben ohne Weiteres als todt präſumirt. Dieſe Todespräſumtion tritt von ſelbſt ein und wirkt von ſelbſt, d. h. ſie iſt der unmittelbare Grund für die Zuerkennung der Erbſchaft und die Aufhebung der Caution. Wo die Vorausſetzungen der Präſumtion beſtritten ſind, und wo deshalb ein Erkenntniß über die Todesannahme gefällt werden muß, wird daſſelbe als ein rein declaratoriſches behandelt, welches

36) Bruns a. a. O. S. 174 ff.

nur ausspricht, daß jene Voraussetzungen existiren; eine Verschiedenheit in Bezug auf die Zeit der Todesannahme wird durch das Erkenntniß nicht begründet.

Diese Natur der Todespräsumtion veränderte sich auch nicht, als es seit der Mitte des 18. Jahrhunderts üblich wurde, den Verschollenen nach überschrittenem siebzigsten Lebensjahre noch edictaliter zu citiren und ihn demnächst durch ein Urtheil förmlich für todt zu erklären [37]). In der Edictalcitation wird stets die Todespräsumtion als bereits von selbst eingetreten hingestellt [38]). Die Citation soll daher nicht erst diese Präsumtion vorbereiten, und die richterliche Todeserklärung sie nicht erst definitiv begründen, sondern jene bezweckt nur, den etwa doch noch lebenden Verschollenen zur Kundgabe zu veranlassen, und diese ist auch jetzt nur ein declaratorisches Decret, welches blos anerkennt, daß die Voraussetzungen für die Todespräsumtion vorhanden sind.

Dies ist die Gestalt, welche das Verschollenheitsrecht während der beiden vorigen Jahrhunderte angenommen hat. Darnach sind also drei Hauptabschnitte in der Behandlung der Verschollenen zu unterscheiden:

1) im Anfange tritt eine Vormundschaft über das Vermögen des Verschollenen ein, die ganz nach den Grundsätzen der römischen cura absentis behandelt wird;

2) bei wirklicher Verschollenheit greift die deutschrechtliche cura Platz. Ueber die Annahme der Verschollenheit entscheidet richterliches Ermessen durch eine s. g. Verschollenheitserklärung, der heute, wo die Praxis an dem alten Rechte festgehalten hat, Edictalien voraufgehen. Auf die deutsch-

37) Bruns a. a. O. S. 180 ff.

38) Sie lautete so: „Nachdem der N. N. das siebzigste Jahr erreicht und mithin pro mortuo zu achten, als wird derselbe, daferne er noch am Leben sein sollte, citirt ꝛc.“ Bruns a. a. O. S. 182.

rechtliche Cura haben die nächsten präsumtiven Erben des Verschollenen ein festes Recht, gleichviel ob sie Intestat-, Testaments- oder Vertragserben sind. Mit ihr verbindet sich die provisorische Ueberlassung des Vermögens gegen Caution und ein vollständiges Vertretungsrecht. Der Curator kann daher auch Erbschaften und Legate, die dem Verschollenen anfallen, für denselben erwerben. Stirbt der nächste Erbe, so kommt die cura an die nun nächsten Erben des Verschollenen; an sie muß also das Vermögen cum omni causa herausgegeben werden.

3) das vollendete siebzigste Lebensjahr gilt als die Todeszeit des Verschollenen und wird als solche nach vorgängiger Edictalcitation durch richterliche Todeserklärung anerkannt. Nach diesem Zeitpunkt erfolgt daher die Beerbung des Verschollenen; die bisherige Cura seiner nächsten Erben wandelt sich von da ab zur Erbfolge um.

Diesem überlieferten Rechte ist die Theorie und Praxis des gegenwärtigen Jahrhunderts fast durchgängig untreu geworden; man hat ihm bald ganz [39]), bald theilweise [40]) die gemeinrechtliche Natur abgesprochen. Es sind nur wenige Juristen [41]) und nur einzelne höchste Gerichtshöfe [42]), welche

---

39) Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 § 13 III, Bd. 3 § 156 Note 5.

40) Eichhorn, Deutsch. Privatrecht § 327, Mittermaier, Grundsätze d. deutsch. Privatr. Bd. 1 § 147. Beide leugnen die gemeinrechtliche Natur der deutschrechtlichen Cura, und ihnen schließen sich fast alle neueren Germanisten an, vgl. z. B. v. Gerber, System d. deutsch. Privatr. § 247.

41) Kraut a. a. O. Bd. 2 § 66, Bruns a. a. O. S. 189.

42) Zu diesen zählen die Obertribunale zu Berlin und Stuttgart, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 298 u. 346, Reyscher, Das Würtemb. Privatr. Bd. 3 § 624. Die O.-A.-G. zu Wolfenbüttel und Cassel lassen zwar die deutschrechtliche Cura insoweit

die Eigenthümlichkeiten der deutschrechtlichen Cura berücksichtigen und zugleich die Todespräsumtion auch als das Ende der Lebenspräsumtion betrachten. Die Mehrzahl hat das Verschollenheitsrecht nach eigenen Gesichtspunkten und Argumentationen zu gestalten versucht. In Folge dessen sind weit von einander abweichende Grundsätze über dasselbe zu Tage gefördert.

Ein Theil unserer Rechtsgelehrten nimmt zwar an, daß der Verschollene bis zur Todespräsumtion als lebend gelten müsse, ignorirt aber die deutschrechtliche Cura und läßt deshalb für denselben schlechthin blos den Erwerb von Vermächtnissen zu, den Erwerb von Erbschaften dagegen nur dann, wenn er ipso iure erfolgt[43]).

Andere Juristen erklären sich nicht blos gegen das Vertretungsrecht des deutschrechtlichen Curators, sondern sind auch der Meinung, daß die Todespräsumtion keine Vermuthung für das Leben des Verschollenen bis zum siebzigsten Jahre involvire. Sie setze diesen Termin nur zu dem Zweck

---

zu, daß sie den präsumtiven Erben des Verschollenen nach der Verschollenheitserklärung den provisorischen Besitz seines Vermögens gegen Caution gewähren, aber sie geben ihnen nicht das Recht, den Verschollenen beim Erwerb von Erbschaften zu vertreten, Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 45 u. 49, Pfeifer, Prakt. Ausführ. Bd. 4 S. 375, Heuser, Annal. Bd. 4 S. 144 ff.

43) Glück, Commentar Bd. 33 S. 291. Zu dieser Ansicht bekennt sich in neuerer Zeit (1846) das O.-A.-G. zu Celle, während es früher (1833) auch die Lebenspräsumtion verwarf, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 31, Bd. 9 Nr. 254; ebenso das O.-A.-G. zu Darmstadt nach einem Urtheile aus dem Jahre 1855, während sich frühere Urtheile ebenfalls gegen die Lebenspräsumtion erklären, Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 310, Bd. 3 Nr. 185, Schäffer a. a. O. S. 419 u. 421.

als ſeine Todeszeit feſt, um die Ungewißheit über ſeine eigene Beerbung zu beendigen. In anderen Beziehungen ſei er in der Zeit der Verſchollenheit weder für lebend noch für todt zu halten und könne demnach ſelbſt ipso iure Erbſchaften und Vermächtniſſe nicht erwerben, weil dieſer Erwerb die Gewißheit vorausſetze, daß der dazu Berufene den Erblaſſer überlebt habe. Wer dies behaupte und darauf Anſprüche gründe, habe es als das Fundament ſeines Rechts zu beweiſen. Andererſeits dürfe aber auch die dem Verſchollenen deferirte Erbſchaft, ſo lange ſeine Exiſtenz zweifelhaft ſei, nicht an die anderweitigen Erben gelangen, ſondern müſſe einſtweilen entweder als eine hereditas iacens behandelt, oder nach Analogie des curator furiosi dem curator absentis zur interimiſtiſchen Verwaltung überlaſſen werden. Mit dem Eintritt der Todespräſumtion ſei dann aber anzunehmen, daß der Verſchollene den Erblaſſer nicht überlebt habe. Daher müßten jetzt die gegenwärtig berufenen Erben des letzteren die Erbſchaft erhalten[44]). Zu dieſem Reſultat führt auch die erſte Meinung, falls der Verſchollene ein heres voluntarius iſt.

Die Vertreter einer dritten Anſicht verwerfen ebenfalls die deutſchrechtliche Cura und die Lebenspräſumtion, wollen

---

44) Heiſe und Cropp, Juriſt. Abhandl. Bd. 2 Nr. IV, V, Pfeifer, Prakt. Ausführ. Bd. 2 Nr. V, Bd. 4 S. 360. Dieſer Anſicht folgen die O.-A.-G. zu Lübeck, Oldenburg, Wolfenbüttel, Caſſel und jetzt auch das O.-A.-G. zu München nach Erkenntniſſen aus dem Jahre 1860, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 160, Bd. 9 Nr. 49, Heuſer, Annal. Bd. 4 S. 144 ff., Blätter f. Rechtsanw. Bd. 25 S. 378, Bd. 26 S. 19 ff. Ueber frühere abweichende Erkenntniſſe des O.-A.-G. zu München vgl. Blätter f. Rechtsanwend. Bd. 18 S. 406 ff., Bd. 25 S. 376 ff.

aber bei der Erbfolge die Mit- oder Nacherben nicht bis zum Moment der Todespräsumtion durch den Verschollenen ausgeschlossen wissen. Nach ihnen soll vielmehr über die dem Verschollenen angefallene Erbschaft nur so lange eine cura hereditatis iacentis angeordnet werden, bis er auf den Antrag der eventuell Berufenen durch Edictalcitation vergeblich aufgefordert ist, sich bei Vermeidung der Präclusion innerhalb einer bestimmten Frist über den Erwerb der Erbschaft zu erklären; mit dem Ablauf der Frist soll dieselbe diesen definitiv überlassen werden[45]).

Das letzte Verfahren beseitigt zwar den mit den beiden ersten Ansichten verbundenen Mißstand, daß die Beerbung einer Person bis zum vermutheten Tode des Verschollenen aufgeschoben und jetzt so regulirt wird, als ob auch sie erst in diesem Moment gestorben wäre; allein das Mittel, welches zu diesem Zweck benutzt ist, läßt sich nicht rechtfertigen. Eine Deliberationsfrist mit dem Präjudiz der Repudiation kann nur einem Erben gesetzt werden, dem die Delation bekannt ist; einem Verschollenen gegenüber ist sie unzulässig. In neuester Zeit hat man dies bereits anerkannt. Man will deshalb die Edictalcitation des Verschollenen nur dahin erlassen, daß bei seinem Ausbleiben der Nachlaß den anderweitigen Erben ohne Caution verabfolgt werden solle. Dabei bleiben dem Verschollenen, wenn er selbst noch zum Vorschein kommt, eventuell seinen Erben, falls sie nachweisen, daß sein Tod erst nach dem Anfall der Erbschaft erfolgt ist, alle

45) Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 466, Schäffer a. a. O. S. 419 ff. Dieser Ansicht war früher das O.-A.-G. zu Darmstadt, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 185; siehe oben Note 43.

Klagen auf Herausgabe derselben bis zur Verjährung reservirt[46]).

Prüft man die Gründe, aus welchen unsere heutige Jurisprudenz das Recht der beiden vorigen Jahrhunderte immer mehr und mehr verlassen hat, so läßt sich zwar die Opposition gegen die Cura nach den Principien der deutschrechtlichen Vormundschaft nicht rechtfertigen, um so begründeter ist aber der Widerspruch, welchen man gegen die Lebenspräsumtion erhoben hat. Diese steht in der That, so weit darauf der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen gestützt wird, mit dem Rechtsgefühl nicht in Einklang. Wenn es sich darum handelt, wie lange einer verschollenen Person ihr zurückgelassenes Vermögen zu erhalten, und wann sie zu beerben ist, so erscheint es als eine gerechte Fürsorge, ihren Tod erst mit dem Zeitpunkte zu präsumiren, wo sie das der Regel nach höchste Lebensalter des Menschen erreicht haben würde. Wird aber diese Präsumtion auch dazu benutzt, um für sie noch Erwerbungen aus Erb- und Vermächtnißrechten zu ermöglichen, so kann darin nicht mehr eine billige Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen, sondern nur eine Verrückung des Erbgangs gefunden werden, die auf Kosten der berechtigten Personen zum Nutzen Nichtberechtigter bewirkt wird[47]). Die Erfahrung lehrt, daß den Verschollenen selbst jene Erwerbungen nicht zu Gute kommen, weil sie nicht zurückzukehren pflegen. Sie lehrt ferner, daß bei den heutigen Verkehrsmitteln öffentliche Ladungen einen Abwesenden in den entferntesten Himmelsstrichen erreichen,

46) Blätter f. Rechtsanw. Bd. 19 S. 31 ff., Bd. 26 S. 31 ff. Vgl. auch Heuser, Annal. Bd. 1 S. 789 ff., Bd. 7 S. 292 ff.

47) Blätter f. Rechtsanw. Bd. 19 S. 38.

und daß er ihnen nachkommt, wo sein Vortheil ihn dazu antreiben muß. Haben sie diesen Erfolg nicht, so läßt sich also daraus wohl sein Tod, unmöglich aber die Vermuthung folgern, daß er demungeachtet noch bis zum vollendeten siebzigsten Jahre gelebt habe. Es führt daher die Lebenspräsumtion zu dem Ergebniß, daß bei der Beerbung des Verschollenen aus seiner Person Erbschaften und Vermächtnisse auf seine Erben transmittirt werden, deren Anfall er, wie man mit Grund annehmen muß, nicht mehr erlebt hat. Dies Ergebniß verletzt den Rechtssatz, nach welchem eine Person nach ihrem Tode nichts mehr erben kann, und widerstreitet zugleich dem beim nasciturus[48]) ausdrücklich anerkannten Princip, daß aus der rechtlichen Fürsorge für hülfsbedürftige Personen Dritten keine Vortheile erwachsen dürfen.

Es ist kaum zu bezweifeln, daß diese Erwägungen, welche bereits zu einem neuen Wendepunkte in der Entwickelung des Verschollenheitsrechtes geführt haben, die alte Lebenspräsumtion in der hier besprochenen Anwendung ihrer langen Uebung ungeachtet völlig verdrängen und den Grundsatz zur allgemeinen Geltung bringen werden, daß nur derjenige aus der Person eines Abwesenden Erbschaften und Vermächtnisse zu fordern berechtigt ist, welcher beweisen kann, daß derselbe ihren Anfall noch erlebt hat. Mit diesem Grundsatze allein ist indessen noch wenig gewonnen. Es genügt nicht, daß man die Lebenspräsumtion fallen läßt, wenn man dennoch dem zur Erbfolge berufenen Verschollenen auf den Fall seiner Rückkehr die Erbschaft bis zum Eintritt der Todespräsumtion

48) l. 7 D. de statu homin. (1. 5). l. 231 D. de V. S. (50. 16).

reservirt und in Folge dessen nun auch die Beerbung seines Erblassers nach diesem Zeitpunkte ordnet; denn damit verbindet sich gleichfalls die Gefahr, daß der legitime Erbgang verrückt wird, weil sich in der Zwischenzeit der Stand der Familie des Erblassers wesentlich verschieben, und daher die Linie, welche jetzt die Nähe des Grades für sich hat, eine andere als bei seinem Tode sein kann[49]). Dieser Gefahr ist nur vorzubeugen, wenn man den Verschollenen bei der Erbfolge übergeht, sobald seine Edictalcitation ohne Resultat geblieben ist. Zwar darf die Citation nicht unter dem Rechtsnachtheile der Repudiation erfolgen, aber das Präjudiz, daß im Falle seines Ausbleibens bei der Vertheilung der Erbschaft auf ihn keine Rücksicht genommen werde, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken. Wenn unbestritten dem unbekannten Gläubiger eines Nachlasses dieser Nachtheil angedroht werden darf, so kann ein solches Verfahren auch ungewissen Erben gegenüber nicht unzulässig erscheinen[50]).

Hiernach ergeben sich folgende Grundsätze, welche beim Anfall von Erbschaften und Vermächtnissen an Verschollene maßgebend sein müssen:

1) Die Präsumtion, daß ein Verschollener bis zum siebzigsten Jahre gelebt und mit Vollendung desselben gestorben ist, tritt nur hinsichtlich seiner eigenen Beerbung ein. Sie greift nicht Platz, wenn für ihn selbst Erwerbungen von Todes wegen in Frage stehen. Wer solche aus seiner Person beansprucht, muß den Beweis führen, daß er den Anfall noch erlebt hat. Dazu genügt nicht der Beweis seiner Geburt,

49) Blätter f. Rechtsanw. Bd. 26 S. 34 ff.
50) Blätter f. Rechtsanw. Bd. 19 S. 39 ff., Bd. 26 S. 38 ff.

weil sich die Fortdauer des Lebens nicht von selbst versteht. Die Fortdauer eines factischen Zustandes ist nichts anderes, als das fortwährende Dasein desselben, und fällt damit unter die allgemeine Regel, daß das Dasein von Thatsachen nicht vermuthet wird[51]).

2) Es können daher auch die nächsten Erben des Verschollenen, welche die deutschrechtliche Cura über sein Vermögen erhalten haben, für ihn keine Erbschaft antreten und kein Vermächtniß erwerben. Ihre Berechtigung beschränkt sich darauf, darüber zu wachen, daß der Verschollene durch öffentliche Ladung vom Anfall Kenntniß erhält, und daß ihm durch weit erstreckte Termine die Möglichkeit des persönlichen Erwerbs offen gehalten wird.

3) Die Edictalcitation darf nicht unter der Androhung erfolgen, daß im Fall des Ausbleibens seine Repudiation angenommen werden solle, sondern an sein Nichterscheinen ist nur die Folge zu knüpfen, daß über die Erbschaft werde verfügt werden, wie wenn er nicht vorhanden sei.

4) Bleibt die Edictalcitation ohne Erfolg, so fällt die Erbschaft an die Mit- oder Nacherben des Verschollenen. Eine Caution haben dieselben nicht zu leisten, weil sein Fortleben nicht vermuthet wird, und die bloße Möglichkeit desselben für sie keine nachtheiligen Folgen haben darf.

5) Kehrt der Verschollene zurück, oder kann demnächst sein rechtmäßiger Nachfolger beweisen, daß er den Anfall der fraglichen Erbschaften oder Vermächtnisse noch erlebte, so stehen diesem wie jenem alle Klagen auf Herausgabe derselben zu, sofern die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist.

---

51) Bruns a. a. O. S. 112.

d. Erbrecht juristischer Personen*).

§ 16.

Juristische Personen erwerben eine ihnen deferirte Erbschaft[1]) durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter. Wo diese den Antritt versäumen, fällt ihnen die Erbschaft ipso iure zu[2]). Ist juristischen Personen ein Universalfideicommiß auferlegt, so unterliegen sie hinsichtlich des Antritts und der Restitution demselben Zwange wie andere Erben[3]); ist ihnen ein solches zugewandt, so erfolgt die Restitution an ihre Vertreter[4]). Stets bilden aber das Object für ihre Erbfolge nur die bona des Erblassers, weil sich ihre Rechtsfähigkeit auf Vermögensrechte beschränkt, während das Erbrecht physischer Personen zugleich zum Erwerbe von Rechten befähigt, welche keine Bereicherung bezwecken[5]).

---

*) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 39 S. 423 ff., Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 324.

1) Ueber ihre Erbfähigkeit vgl. § 5 S. 311.

2) l. 3 § 4 D. de b. p. (37. 1). A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat sive quis alius, recte competet bonorum possessio. Sed etsi nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto. l. 1 § 1 D. de libert. univ. (38. 3).

3) l. 6 § 4 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit, cogi eos agnoscere hereditatem et restituere. Idemque erit et in collegio dicendum.

4) l. 1 § 1 D. de libert. univ. (38. 3). . . . Sed qua ratione Senatus censuit, ut restitui iis (scil. municipibus) ex Trebelliano hereditas possit, et qua ratione alio senatusconsulto, heredibus iis institutis a liberto, acquirere hereditatem permissum est, ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est.

5) Vgl. § 2 S. 234 und § 3 S. 264.